مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 116 : يونيو 2022

❖ مواضيع العدد 116 :

- جرائم الروبوت و مواجهتها جنائيا.
- الحماية الجنائية للعلامة التجارية.
- مشكل التكييف والإحالة في التشريع.
- أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة.
- ضمانات الحرية الشخصية للمتهم.

العدد 116 يونيو 2022

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلودبوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنيت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 116 لشهر يونيو 2022

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 116 لشهر يونيو 2022 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. جرائم الروبوت و مواجهتها جنائياً – دراسة تحليلية : مستشار دكتور محمد جبريل إبراهيم ، نائب رئيس هيئة قضايا الدولة – جمهورية مصر العربية.....06
3. الحماية الجنائية للعلامة التجارية في القانون العراقي-دراسة مقارنة : م.م محمد رحيم حسب الله حمود الدلفي باحث دكتوراه ومدرس مساعد بكُلية القانون ، جامعة البيان الأهلية – جمهورية العراق.....34
4. إشكالية التكييف والإحالة في التشريع الموريتاني – دراسة مقارنة : الدكتور باب ولد عبد الله ، دكتور في القانون الخاص ، وأستاذ متعاون في جامعة العلوم الإسلامية – موريتانيا.....49
5. أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة – دراسة تحليلية في ظل القانون اليمني : محمد عبد العزيز الشعري باحث في كلية القانون بجامعة إب – اليمن.....67
6. ضمانات الحرية الشخصية للمتهم خلال البحث التمهيدي : سعيدة نجيم ، باحثة في سلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط – المملكة المغربية.....95

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد 116 لشهر يونيو 2022

بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 116 لشهر يونيو 2022 من مجلة الفقه و القانون الدولية و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة جامعات ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق ، جامعة القاهرة – جمهورية مصر العربية.
- كلية القانون ، جامعة البيان الأهلية - جمهورية العراق.
- جامعة العلوم الإسلامية – موريتانيا.
- كلية القانون بجامعة إب – اليمن.
- جامعة محمد الخامس ، كلية الحقوق ، الرباط - المملكة المغربية.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- جرائم الروبوت و مواجهتها جنائياً – دراسة تحليلية.
- الحماية الجنائية للعلامة التجارية في القانون العراقي- دراسة مقارنة.
- إشكالية التكييف والإحالة في التشريع الموريتاني – دراسة مقارنة.
- أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة – دراسة تحليلية في ظل القانون اليمني.
- ضمانات الحرية الشخصية للمتهم خلال البحث التمهيدي.

ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 2336 -0615

https://web.facebook.com/majalahdroit

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

جرائم الروبوت و مواجهتها جنائياً – دراسة تحليلية

Robot crimes and criminally confronting them - An analytical study

مستشار دكتور[1] محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة

عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

Doctor Consultant Mohamed Gebril Ibrahim

Vice President of the State Litigation Authority

مستخلص :

تزايد استخدام الذكاء الاصطناعي بصورة مذهلة ، فأدي ذلك إلي ظهور العديد من جرائم الذكاء الاصطناعي في ، حيث تطور استخدام الآلات التى تعمل بالذكاء الاصطناعي ، فتتمكن من اتخاذ قرارات منفردة في أنشطة عديدة ، ومع هذا الانتشار لهذه الأنشطة فقد كثرت جرائمها .

ولذلك برزت أهمية بحث المسئولية الجنائية عن المضار الناشئة عن استخدام الذكاء الاصطناعي ، وتحديد المسئول عنها ، وهل هو مُصنّعها أو مُستخدمها أم تقنية الذكاء الاصطناعي ذاتها ؟ ومن ثم فهل ذلك يستدعي منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي ؟

ومن هنا تهيب الدراسة –وفي ظل أزمة عدم وجود النص الذي يحكم هذه الجرائم– بالمشرع للتدخل السريع لمعالجة هذا النقص التشريعي ومواكبة هذه المستجدات السريعة .

- **الكلمات المفتاحية** : جرائم الروبوت , الذكاء الاصطناعي , التدخل التشريعي.

[1] Email : gebrelmohamed865@gmail.com

Extract :

The use of artificial intelligence has increased dramatically, and this has led to the emergence of many artificial intelligence crimes in the country, as the use of artificial intelligence-powered machines has developed, so that they are able to make individual decisions in many activities, and with this spread of these activities, their crimes have increased.

Therefore, the importance of researching criminal responsibility for the harms arising from the use of artificial intelligence, and determining who is responsible for it, is it the manufacturer or user of it or the technology of artificial intelligence itself? Hence, does this require granting legal personality to artificial intelligence entities?

Hence, the study - and in light of the crisis of the lack of a text that governs these crimes - calls upon the legislator to intervene quickly to address this legislative deficiency and keep pace with these rapid developments.

- **key words :** Robot crimes, artificial intelligence, legislative intervention.

مقدمة :

الذكاء الاصطناعي هو استخدام جهاز كومبيوتر أو روبوت يتم التحكم فيه ببرامج ذكية للقيام بمهام دقيقة ومعقدة ، مستخدماً في ذلك ، طبقات متعددة من المعلومات ، بما في ذلك الخوارزميات ، ومطابقة الأنماط والقواعد والتعلم العميق والحوسبة المعرفية؛لمعرفة كيفية فهم البيانات [1] .

ويعد الذكاء الاصطناعي هو أحد أفرع علوم الكمبيوتر المعنية بكيفية محاكاة الآلات لسلوك البشر، وبالتالي فهو علم إنشاء أجهزة وبرمجيات قادرة على التفكير بالطريقة نفسها التي يعمل بها العقل البشري، تتعلم مثلما يتعلم البشر ، وتقرر كما يقرروا وتتصرف كما يتصرفوا [2] .

ولا شك أن استخدام البرامج والآلات التي أفرزها الذكاء الاصطناعي مثل الروبوت الذي أثر في تطوير وتنمية العمل في مختلف القطاعات الصناعية والطبية والعسكرية والأمنية والشخصية وغيرها، كان له الأثر الإيجابي على حياة الإنسان ، فقبل بدء تطبيق الذكاء الاصطناعي على المعلومات الطبية بدء من عام 2000 كانت النماذج الذكية في مجال الرعاية الصحية لا تأخذ في الاعتبار إلا متغيرات محدودة في البيانات الصحية

---

[1] د/ يحيي إبراهيم دهشان : المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون – العدد 82 – ابريل 2020 .

[2] د/ ياسر محمد اللمعي : المسئولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية استشراقية – بحث مقدم للمؤتمر الدولي السنوي العشرين – بكلية الحقوق – جامعة المنصورة في الفترة من 23 -24 مايو 2021 .

المنظمة بطريقة جيدة ، ولكن اليوم أثبتت تقنيات التعلم العميق كفاءتها – وفي بعض الأحيان تجاوزها – للقدارات البشرية في أداء بعض المهام الصعبة ، ولقدتم بالفعل تصميم أنظمة الذكاء الاصطناعي لمعالجة البيانات المعقدة التي تنشأ من الرعاية الطبية الحديثة ، وخاصة في المواقف الصعبة كالحالات الوبائية والجوائح الصحية المعدية [1] ، فيتم استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي من قبل مقدمي الرعاية الصحية ، والباحثين للاستفادة من ملايين التقارير الطبية وسجلات المرضى والتجارب السريرية و الطبية للكشف عن رؤى البيانات، وتطوير البحث العلمي [2] .

- **أهمية الدراسة :**

تأتي أهمية الدراسة بالتوازي مع هذا الانتشار السريع لاستخدامات الذكاء الإصطناعي ، ومع التوقعات بتزايد الجرائم المتعلقة بالروبوتات [3] ، ومن ثم فقد كان ضرورياً بحث المسئولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة في هذا المجال ، وبحث المسئول عنها أو المرتكب الحقيقى لها حتى تطبق عليه العقوبة القانونية .

كما تأتي أهمية الدراسة أيضاً في إنها تضع الحد للحيرة المتصاعدة بين مصلحتين متناقضتين هما : الأولي حماية المرضي من مخاطر التقنيات الحديثة التي يوفرها الذكاء الإصطناعي ، وهي في طور التجريب والإختبار بحسبان إنها لم يثبت بصورة جلية أمانها ودقتها وعدم خطورتها علي صحة الإنسان وحياته .

والثانية : استفادة المرضي من التطور والتقدم العلمي والثورة المعلوماتية والتقنية في المجال الطبي ، وما تحققه من خير للبشرية ، عن طريق باب الاجتهاد العلمي والبحثي لتوفير كل وسائل وسبل تمتع الإنسان بأقصي حد من السلامة الجسدية [4] .

- **الهدف من الدراسة :**

تهدف الدراسة في المقام الأول إلي ألقاء الضوء علي ما تفعله الروبوتات ، وما يعد جريمة من هذه الأفعال وما لا يعد كذلك ، وتحديد المسئولية الجنائية عنها، وكل ذلك من أجل رد تلك الوقائع إلى القوانين التى تجرمها وذلك يستلزم قراءة النصوص القائمة ودراسة عما إذا كانت كافية لمواجهة هذه المستجدات من الجرائم

---

[1] د/ الكرار حبيب مجهول ، ود / حسام عيسي عودة : المسئولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات – دراسة تحليلية مقارنة – بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية – المجلد 6 مايو 2019 – ص 735 .

[2] Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities –from science fiction legal social control ,Akron law Journal ,2016 .

[3] الروبوت "صوفيا "هي أشهر روبوت حتي الآن صممته شركة "هانسون روبوتيكس" الكائنة في هونج كونج ، صُممت شبهة بالبشر ، ولها القدرة علي التعلم والتأقلم مع السلوك البشري ، والتعامل معه ، وحصلت صوفيا علي الجنسية السعودية في أكتوبر 2017 .

[4] د/ أحمد عبد الظاهر: الطب الذكي – طباعة الأعضاء البشرية – مقال قانوني منشور في جريدة الوطن المصرية بتاريخ 2021/12

الروبوتية ، أم يلزم سن تشريعات جديدة لتحكم السلوكيات التي تنتج عن تقنيات الذكاء الاصطناعي للوصول لتصور قانونى يسمح بالمحاسبة الجنائية عند وقوع هذه الجرائم .

كما تهدف الدراسة إلي وضع تصور للقواعد القانونية التي يمكن أن تحكم جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي ، وإبراز دور كل أطراف المسئولية الجنائية في جرائم الذكاء الاصطناعي ، ومنهم المُصّنع أو المبرمج أو المستخدم أو الروبوت ذاته ، كما تهدف الدراسة إلي تصور قواعد إجرائية خاصة بهذه الجرائم من حيث التحقيق والاثبات ، وإنشاء دوائر قضائية خاصة لنظرها .

- **إشكالية البحث** :

تأتي الإشكالية الأهم لهذه الدراسة في أن النصوص القانونية التي تحكم آثار الذكاء الإصطناعي في المجال الطبي تكاد تكون منعدمة ، ومن ذلك فإن الروبوت الذي يستخدم في العمليات الجراحية لم يأت ذكر له في أي تشريع حتي الأن، وهو ما يؤثر على مبادئ النظم القانونية الحالية في شقين :

الأول : فإن التكنولوجيا الروبوتية تثير عدداً من الإشكاليات القانونية الحرجة في مجال القانون الجنائي ، على سبيل المثال : استخدام الريبوت في العمليات الجراحية هل يستخدم كآلة ، أم إنه مساعد للطبيب ، أم إنه يتصرف باستقلال ويتخذ القرارات منفرداً ومستقل عن الطبيب .

الثاني : ما هي الطبيعة القانونية للروبوت ، وهل يعد شخصاً اعتباري يتبع الشركة المصنعة ، أم إنه شيئاً مصنوع من المعدات والآلات ، أم إنه كيان قانوني بشخصية قانونية محدودة .

كما تأتي إشكالية الدراسة من أن هذا الموضوع لم يستقر الفقه حتي الأن علي وضع قواعد لتنظيمه ، فما زالت الأبحاث المتعلقة به غير كافية لوضع نظرية عامة في تجريم أفعال الروبوتات، هذا من جهة ومن جهة آخري فإن ندرة التطبيقات القضائية في هذا الشأن تُعد عقبة في وضع نظرية عامة لهذا الموضوع .

- **منهج البحث** :

اعتمدنا في الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي للتعامل مع المشكلة محل الدراسة لتحديد مفاهيمها ومظاهرها وصورها ، ومدي انطباق القوانين القائمة عليها ، ومدي تطلب سن تشريعات جديدة لمواجهتها .

ولقد تم عرض و مناقشة ما إذا كان من المناسب الاعتماد على الروبوتات عندما تكون أكثر أمانًا من تدخلات البشر في خصوصياتنا وأمور صحتنا قبل تنظيم التعامل معها قانوناً ، لنستنتج من خلال ذلك عما يمكن تطبيقه من قواعد قانونية قائمة علي جرائم الذكاء الاصطناعي ، وما هو النص المأمول في المستقبل الذي يمكن أن يحكم هذه الجرائم .

- **خطة البحث** : تم تقسيم الدراسة إلي ثلاثة مباحث علي النحو الأتي :

– المبحث الأول : صور استخدامات الذكاء الاصطناعي ومخاطرها.

المطلب الأول : صور استخدامات الذكاء الاصطناعي.

المطلب الثاني : مخاطر استخدامات الذكاء الاصطناعي.

– المبحث الثاني : نماذج المسئولية الجنائية لجرائم الذكاء الاصطناعي.

المطلب الأول : جريمة الروبوت بوصفه أداة أو آلة.

المطلب الثاني : جريمة الروبوت بناء علي خطأ البرمجة أو الاهمال في التشغيل..

المطلب الثالث : جريمة الروبوت بناء علي تصرفه المباشر .

– المبحث الثالث : حل أزمة عدم وجود النص المتعلق بجرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي.

المطلب الأول : قراءة النصوص القائمة .

المطلب الثاني دعوة المشرع للتدخل التشريعي .

المبحث الأول

صور استخدامات الذكاء الاصطناعي ومخاطرها

تتعدد صور استخدامات الذكاء الإصطناعي ، ويرجع ذلك إلي أن أنشطة الذكاء الاصطناعي أصبحت تتداخل في كل المجالات الطبية والعسكرية والصناعية والتجارية[1]، ولا شك أن هذه الصور من استخدامات الذكاء الإصطناعي يعتورها بعض المخاطر التي تتعلق بالذكاء الاصطناعي مما يهدد بإلحاق الضرر بصحة الإنسان وحياته ، ذلك ما سنعرض له فيما يلي :

المطلب الأول : صور استخدامات الذكاء الاصطناعي .

المطلب الثاني : مخاطر استخدامات الذكاء الاصطناعي .

المطلب الأول

صور استخدامات الذكاء الاصطناعي

كان للتقدم العلمي والتقني دور كبير في زيادة استخدامات الذكاء الاصطناعي في مختلف المجالات، فاستفاد القطاع العسكري من إستخدامات الذكاء الاصطناعي بشكل كبير في مجالات عديدة ، حيث تسارعت الدول لإدخال المزيد من تطبيقات الذكاء الإصطناعي القابلة للإستخدام في المجال العسكري [2] .

ولقد تجاوزت تقنيات الذكاء الاصطناعي مرحلة الخيال العلمي، وانتقل التعامل معها من مجرد المشاهدة علي الشاشات، إلى القلق من مخاطرها على أرض الواقع في مختلف الأنشطة .

من الأنشطة التي برزت فيها تقنيات الذكاء الاصطناعي الأنشطة الطبية ، والأنشطة الاقتصادية ، والتجارية والصناعية ، والعسكرية .

وفي المجالات العسكرية تقوم بعض الدول مثل الولايات المتحدة، والصين، وإسرائيل، وكوريا الجنوبية، وروسيا، وأستراليا، والهند، والمملكة المتحدة، برصد مليارات الدولارات لتطوير تكنولوجيا الحرب التي تستخدم فيها الذكاء الاصطناعي ، واستخدام أسلحة ذاتية التشغيلوتُبرمج هذه الأنظمة لاتخاذ قرارات منفردة باستخدام تكنولوجيا التعرف على الوجه .

والخطورة تتمثل في إنه يتم السماح للآلة باتخاذ قرار حول مسائل الحياة والموت، بدون تدخل الإنسان إلا في المرحلة الأولي، وتقوم حكومات وشركات بتطوير طائرات بدون طيار وغيرها من الأسلحة المتطورة التي تملك القدرة على اختيار أهداف خاصة بها ومهاجمتها – بدون سيطرة بشرية .

---

[1] د/ محمد سامي الشوا : الخطأ الطبي أمام القضاءالجنائي – دراسة مقارنة –دار النهضة العربية – ط 1993- ص 76 .

[2] د/ أسماء محمد السيد : تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم – رسالة دكتوراه كلية التربية جامعة المنيا 2020 – ص 120 .

و في حالة تعميم استخدام هذه الروبوتات القاتلة في المجالات العسكرية ، فإننا سندخل في مرحلة خطيرة ؛ حيث أن الآلات لا تعبأ بأي اعتبارات أخلاقية مثل التعاطف والتفهم، وتتخذ قرارات بناءً على عمليات خوارزمية عمياء .

وعلى الرغم من أنه تتم برمجتها من جانب البشر إلا أنه في الممارسة العملية غالباً ما تخفق التطبيقات تكنولوجيا في التعرف على الوجه والصوت – فمثل قد لاتتعرف على النساء، والأطفال، والأشخاص ذوي الإعاقة.

كما أن فرص حدوث أخطاء في الاستخدام تتجاوز بكثير ما حدث في بعض المعارك تحت مسمى قتل من نيران صديقة ، لأن هناك أخطاء قاتلة لهذه الروبوتات، من أبرزها أنها عندما تختار الهدف لا يكون من الواضح ما إذا كانت قادرة على التمييز بين الجنود المعادين والأطفال الذين يلعبون بمسدسات الألعاب أو بين المدنيين الفارين من موقع الصراع والمتمردين الذين يقومون بتراجع تكتيكي، فهذه الأسلحة الذاتية المستقلة لا تعرف أنها ترتكب خطأ، على عكس الجنود الذين يمكنهم التدخل لوقف الأخطاء، وهذا يعني أن الأسلحة الفتاكة المستقلة لا يمكن أبداً برمجتها برمجة وافية لتحل محل صنع القرار البشري .

كما كان للتقدم العلمي والتقني دور كبير في زيادة استخدامات الذكاء الاصطناعي في مختلف المجالات، فاستفاد القطاع الصحي من إستخدامات الذكاء الاصطناعي بشكل كبير في مجالات عديدة ، حيث تسارعت كبرى الشركات العالمية لإدخال المزيد من تطبيقات الذكاء الإصطناعي القابلة للإستخدام في المجال الطبي ، فينتفع بها مقدمي الرعاية الصحية وكذلك المرضى [1] .

وترجع سرعة انتشار تقنيات الذكاء الاصطناعي في قطاع الرعاية الصحية إلى نجاحها في القيام بمهامها بسرعة فائقة ، ودقتها العالية في انجاز العمليات الطبية ، وفي ظروف صعبة لا يقدر عليها البشر بسهولة [2] ، ولم يعد الأمر اليوم فيما يتعلق بدور الذكاء الاصطناعي يقتصر فقط علي تخزين البيانات وحفظ الملفات، بل تعدى ذلك إلى تحليل تلك البيانات والتوصل إلى استنتاجات دقيقة وتشخيص الحالة في فترة قياسية ، وتقرير العلاج ، بل والمشاركة في إجراء العمليات الجراحية [3] . فقد كثر إستخدام الذكاء الاصطناعي في قطاع الرعاية الصحية وبات يُعتمد عليه في التشخيص وإنتاج الأدوية وتحسين سير العمل داخل أروقة المستشفيات وبين الأقسام الطبية وغيرها [4] .

---

[1] د/ أسماء محمد السيد : تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم – رسالة دكتوراه كلية التربية جامعة المنيا 2020 – ص 120 .

[2] د/ أسامة عبد الله قايد : المسئولية الجنائية للأطباء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية 2003 – ص 93 .

[3] د/ أحمد عبد الظاهر: الطب الذكي – طباعة الأعضاء البشرية – مرجع سبق الإشارة إليه .

[4] د/ عبد الله موسي ، ود / أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي – ثورة في تقنيات العصر – الطبعة الأولي دار الكتب المصرية القاهرة 2019 – ص 98 .

ولقد أصبح الذكاء الاصطناعي قادر علي جعل الأجهزة والآلات قابلة للتطور، وقادرة على التعلّم من خلال إدخال بيانات ضخمة والعمل على تطويرها آلياً ؛ أي أنها آلات قادرة على التّعلم والمعالجة المنطقية لتحقيق التكامل بين عمل الأطباء والمقصود هنا الذكاء البشري ،مع الذكاء الاصطناعي لتحقيق المزيد من التطورات في القطاع الصحي [1].

ونعرض فيما يلي لأبرز صور إستخدامات الذكاء الإصطناعي :

أولاً :- القيام بتشخيص الأمراض .

تشخيص الأمراض وإمكانية فحص أعداد كبيرة من المرضى في وقت قصير أبرز إستخدامات الذكاء الاصطناعي، حيث حقّق هذا المجال تقدماً ملحوظاً على مستوى التشخيص المبكر وإكتشاف الأمراض في أولى مراحلها وربما قبل حدوثها أو إنتشارها وتفاقمها من خلال تحليل صور الأشعة، حيث أن إمكانية التنبؤ بالأمراض وتفشّيها من خلال إستخدام تحليلات الذكاء الإصطناعي يعتمد على تحليل البيانات والتنبؤ بالأمراض لاسيما السرطان، وبكل تأكيد من دون أن يلغي ذلك دور الطبيب [2].

في ظل هذا التقدم التقني غير المسبوق في القطاع الصحي على مستوى استخدامات الذكاء الاصطناعي فإن ذلك سيسهم في تقديم نهج علمي يعتمد على المعلومات الطبية ، والتقدم العلمي [3].

واليوم تقوم أجهزة الكمبيوتر باستخدام ذكاء يشبه ذكاء الإنسان لأداء مهام دقيقة في الكشف عن العديد من الأمراض التي تهدد الحياة مثل الأمراض المُعدية والسرطان؛ فيتم تحليل الصور الطبية لتشخيص الأمراض من خلال استخدام خوارزميات التعلم العميق، وهي شكل مُتقدم لتقنية تعلّم الآلة بحيث يتم درس وتحليل مجموعات من الصور الطبية المصحوبة بمعلومات وتعلّم كيفية تصنيفها وإكتشاف ما يُميّزها لتتمكن لاحقًا من فهم الصور المُشابهة وتقديم التشخيص المناسب للحالة المرضية ، كما تستخدم العديد من التطبيقات والأجهزة القابلة للإرتداء تقنيات ذكاء إصطناعي ترصد إضطرابات المؤشرات الحيوية للجسم، ويُمكنها التنبؤ باحتمالية وقوع أزمة صحية قبل حدوثها [4] .

ثانياً :إجراء العمليات الجراحية :

يتجلى التكامل بين الذكاء البشري والذكاء الاصطناعي من خلال الروبوت المُستخدم في غرف العمليات والذي يمكن أن يصل الى ما لا تصل إليه يد الجراح؛ هذا الجراح القادر على تحريك أذرع الروبوت والوصول

---

[1] د/ محمد عبد الوهاب الخولي : المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة – الطبعة الأولي 1997 – ص25 .

[2] Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities –from science fiction legal social control,Op .cit ,. ,2016 .

[3] د/ عبد الله موسي ، ود / أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي – ثورة في تقنيات العصر – مرجع سابق– ص 99 .

[4] د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث – دراسة تحليلية مقارنة – لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية – دار النهضة العربية 2007 – ص 144 .

إلى المكان المحدد فيساعد الأطباء على التخطيط للتدخل الجراحي بالتفصيل ما يعكس هذا التكامل في غرف العمليات [1].

واليوم تتنافس الشركات في ما بينها من أجل التوصل إلى روبوتات أكثر تطوراً وإطلاق خدمات طبية مبتكرة تساعد الفريق الطبي في أداء بعض المهام الروتينية وتخفيف العبء عنهم ، ولقد بات من الممكن الآن دمج هذه التكنولوجيا المتطورة لمساعدة الطاقم الطبي في تقديم رعاية صحية تفوق توقعات المرضى [2] .

التكنولوجيا في الطب والتطبيقات الآلية في المستشفيات تشهد تنوعاً كبيراً، فهناك اليوم الروبوتات الجراحية والروبوتات التي تقدم الرعاية إلى جانب سرير المريض، كما يتوافر روبوتات لطرد العدوى من الغرف وتعقيمها وأخرى لأخذ عيّنات المختبرات ونقلها وتحليلها وتحضير جرعات العقاقير، والروبوتات التي هي أجهزة مراقبة التواجد عن بُعد [3] .

ثالثاً :-القيام بالإختبارات والتجارب العلمية :

الإختبارات والتجارب العلمية والأبحاث السريرية القائمة حول العالم إستفادت بشكل كبير من خوارزميات الذكاء الاصطناعي، حيث توجه العلماء والباحثون إلى استخدام البيانات التي يتم جمعها بواسطة تقنيات الذكاء الاصطناعي من السجلات الصحية الإلكترونية والأجهزة القابلة للإرتداء ما أسهم في توفير الأموال الضخمة التي كانت تُصرف في هذا المجال،كما تسمح هذه التقنيات بالبحث في التقارير الطبية عن الأشخاص المؤهلين للمشاركة في التجارب الطبية [4] .

ولا شك أن تطبيق الذكاء الاصطناعي في التجارب السريرية يساعد العلماء في تحليل البيانات والمعلومات العلمية، وإمكانية تقسيم المرضى والنتائج المتوقعة بخصوص شفائهم ، وتعزيز عمليات التحليل وإتخاذ القرار من البيانات بهدف تعزيز معدّلات النجاح للتجارب الطبية [5] .

---

[1] د/ محمد حسين منصور : المسئولية الطبية – مرجع سابق – ص 42 .

[2] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 144 .

[3] د/ عبد الله موسي ، ود / أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي – ثورة في تقنيات العصر – مرجع سابق– ص 101 .

[4] د/ نفين فاروق فؤاد :الآلة بين الذكاء الطبيعي والذكاء الاصطناعي –دراسة مقارنة مجلة البحث العلمي في الآداب كلية البنات جامعة عين شمي العدد13 الجزء 3 عام 2012 –ص 174.

[5] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 144 .

رابعاً : -القيام بالعمل الإداري داخل المنشآت الطبية العامة والخاصة .

إدارة الملفات وتنظيم العمل داخل المؤسسات الطبية لطالما شكّل معضلة أساسية للقطاع الصحي عموماً في ظل ما تشهده الكثير من المستشفيات من ازدحام يؤدي إلى ضغط متزايد على الأطباء والممرضين وكذلك المسئولين عن الأعمال الإدارية وهو ما يزيد من احتمالية الوقوع في الخطأ [1] .

ومن هنا استفادت المستشفيات من تقنيات الذكاء الاصطناعي لادارة العمل وتنظيم ملفات المرضى بعد إدخال مجموعة من البيانات الضخمة إلى أنظمة الحواسيب، ما يسمح بالوصول إلى المعلومة في فترة زمنية أسرع [2] .

كما أن السجلات الطبية الإلكترونية جعلت عملية استخراج البيانات ودراسة أنواع العلاج أسهل بكثير، فتحولت ملفات المرضى والوصفات الطبية الورقية المكتوبة بخط اليد إلى شيء من الماضي فازدادت بيانات الرعاية الصحية الإلكترونية بشكل هائل، وبالتالي فإن تحليل تلك البيانات التي تضم معلومات حول المرضى يمكن أن يتم إنجازه بشكل أسرع ويمكن إنقاذ المزيد من الأرواح عبر تشغيل خوارزميات تم تصميمها باستخدام الذكاء الاصطناعي،و هذه الإيجابية من شأنها أن تساعد أخصائيي الرعاية الصحية والعاملين في أقسام الطوارئ من الوصول إلى كميات كبيرة من المعلومات وفرزها خلال مدة زمنية قصيرة، ما يسهم بالتالي في تقليص الوقت الذي يتم تكريسه للمريض الواحد بالشكل الأمثل [3] .

وتعتمد المؤسسات الصحية والمستشفيات حول العالم على هذه الأنظمة في بنيتها التحتية لتقنية العمل ورقمنته بما يعزز الكفاءة ويزيد من دقة الرعاية الصحية، لتتحول بذلك إلى مستشفيات تعمل بآلية مترابطة فيما بينها من خلال منصات تعرض بيانات تتعلق بالمرضى إلى الحد المسموح به قانونياً مع الحفاظ على خصوصية المريض وهي خطوة غاية في الأهمية بحيث يمكن للطبيب أن يستعرض المعلومات المتعلقة بمريضه قبل تحديد آلية العلاج وهو ما يضمن حصوله على رعاية صحية دقيقة وعالية الجودة بوقت أسرع[4] .

خامساً : تسيير السيارات والطيارات ذاتية التشغيل :

وهذه التقنية يتم برمجة السيارات أو الطيارات للسير ذاتياً فيما يعرف بالسيارات أو الطيارات بدون طيار ، و يشير مصطلح سيارات أو طائرات بدون طيار عادة إلى أي طائرة بدون طيار، و يشار إليها أحياناً باسم المركبات

---

[1] د/ فايز النجار: نظم العلومات الإدارية –منظور إداري – دار الحامد للنشر والتوزيع –ط 4 الاردن 2010 – ص 65 .

[2] د/ أسماء محمد السيد : تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم – مرجع سابق – ص 133 .

[3] د/ عبد الله موسي ، ود / أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي – ثورة في تقنيات العصر – مرجع سابق– ص 101 .

[4] Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities –from science fiction legal social control,Op .cit ,2016 .

الجوية غير المأهولة ، يمكن لهذه الطائرات تنفيذ مجموعة من المهام، بدءاً من العمليات العسكرية إلى تسليم الطرود، يمكن أن تكون الطائرات بدون طيار كبيرة مثل الطائرة أو صغيرة مثل راحة اليد .

و يمكن التحكم في هذه الطيارات عن بعد بواسطة طيار، أو خطط مبرمجة مسبقاً أو أنظمة ذكية تمكنها من الطيران بشكل مستقل،و يعتمد عدد كبير من الصناعات والمؤسسات هذه التقنية، بما في ذلك المستخدمين العسكريين والحكوميين والتجاريين والترفيهيين.

المطلب الثاني

مخاطر استخدامات الذكاء الإصطناعي

بالرغم من إن استخدامات الذكاء الإصطناعي تساهم في تحسين أداء المؤسسات العلاجية بأقل الأخطاء، وتوفّر وسائل التيسير والأمان للأطباء خلال القيام بأعمالهم ، خصوصاً في التعامل مع الأمراض المعدية ، وظهر ذلك إبان جائحة كورونا حيث تطلبت الظروف معالجة المرضي عن بُعد ، واستخدام الروبوتات في التعامل مع المصابين بعدوي مرض كورونا المستجد ، إلا إن استخدام الذكاء الإصطناعي في المجال الطبي لا يخلو من المخاطر فلا يحفل الذكاء الإصطناعي باخلاقيات مهنة الطب ، فهي آلات مصممة لتحقيق هدف معين بصرف النظر عن أي اعتبار آخر ، كما أن استخدام الذكاء الاصطناعي عرضة للتعطيل والسيطرة من قبل الغير ، ونعرض لمخاطر استخدام الذكاء الإصطناعي في المجال الطبي فيما يلي :-

أولاً :- سهولة تعطيل تقنيات الذكاء الاصطناعي أو السيطرة عليها :

من مخاطر الذكاء الاصطناعي أن برامجه عرضه للإصابة بالفيروسات ، والأعطال الفنية ، والسيطرة عليها من الغير مما يجعلها تعمل بشكل غير متوقع ، أو علي غير ما يطلب منها ، مما يؤدي إلي احتمالية وقوع الأضرار الجسيمة ، فلم يصل الذكاء الاصطناعي بعد إلي درجة الكمال [1] .

ويشهد الواقع وقوع الكثير من هجمات القراصنة الإلكترونيين والسيطرة علي البرامج وقيادة الأجهزة بصورة ضارة ، تهدد بوقوع الكثير من الخسائر عن طريق إدخال بيانات خاطئة أو العبث بنظام البرمجة [2] .

ومن جهة آخري فإن إحتمالية خطأ البرمجة لا تزال قائمة ، فيصدر بناء عليها تصرفات من الروبوت غير مناسبة في مواقف معينة يترتب عليها أخطاء فادحة قد تصل إلي حد القتل .

---

[1] د/ محمد فهمي طلبة : الحاسب والذكاء الاصطناعي – مطابع المكتب المصري الاسكندرية 1997 – ص 56 .

[2] د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر : المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – دراسة تحليلية استشرافية – مجلة روح القوانين العدد 96 اكتوبر 2021 – ص 153 .

ثانياً :- اختراق الخصوصية عن طريق تقنيات الذكاء الإصطناعي :

يعمل الذكاء الاصطناعي الآن على جمع بيانات المرضى وإعداد تقارير عنهم لمساعدة الأطباء على تشخيص حالتهم الصحية واتخاذ قرارات العلاج ، ومن ثم تكون هذه البيانات المستخدمة لإنشاء الخوارزميات التي تُولِّد نتائج يتم على أساسها اتخاذ قرارات خاصة بصحة المرضى يُمكن أن تكون عُرضة للتشويه، فقد يساء استخدامها اعتماداً على من يقوم بتطويرها وعلى دوافع المبرمجين أو الشركات أو نظم الرعاية الصحية التي تُصممها [1] .

وتسود تخوفات هائلة في المجتمع الطبي فيما يتعلق بمآلات البيانات التي تُجمع عن المرضى، والتي يُمكن استخدامها دون اعتبار للجانب الإنساني للرعاية الصحية، وبالتالي يجب توخي الحذر في تلقين الذكاء الاصطناعي بالبيانات المحمية قانونًا والتي لا يجب الإفصاح عنها سوى للمريض نفسه .

ثالثاً :- لا يحفل الذكاء الإصطناعي باخلاقيات مهنة الطب .

من المشكلات الأخلاقية التي يُمكن أن يسببها استخدام الذكاء الاصطناعي في الأنظمة الصحية أن هذه آلات مصممة لتحقيق هدف معين بصرف النظر عن أي اعتبار آخر ، بمعني أن استخدام هذا النوع من الأدوات، سواء لإجراء تنبؤات خاصة بحالات المرضي أو اتخاذ إجراءات بديلة لعلاجهم، لا يُمكن أن يعبأ بمدي ما ينتج عنها من المشكلات الأخلاقية التي يسببها التشخيص القائم على الذكاء الاصطناعي [2] .

المبحث الثاني

نماذج المسئولية الجنائية لجرائم الذكاء الاصطناعي في المجال الطبي

في جرائم الذكاء الاصطناعي لا يخرج موضع الروبوت عن ثلاث صور ، وهي إما أن يكون الروبوت مجرد أداة أو آله ترتكب بها الجريمة ، أو أن يكون الروبوت مجرد منفذ لبرنامج خاطئ من المبرمج ، أو منفذ لأمر غير سليم من قبل المستخدم ، وفي صورة ثالثة قد يكون الروبوت هو مرتكب الجريمة بدون تدخل خارجي [3].

ولقد ساد لفترة طويلة من الزمن اعتقاداً بأن الإجرام يكون فقط لدى الإنسان، وبالرغم من رسوخ هذا الاعتقاد في ذهن البشرية ، فقد تطورت التقنيات في مختلف المجالات ، وخاصة في مجال الذكاء الاصطناعي، مما قد يُظهر لنا مسئولين جدد في مجال الجريمة ، وقد يكونوا أكثر خطراً من الإنسان نفسه ، فما هذا التطور الذي قد يُظهر لنا مجرماً غير الإنسان ؟

---

[1] د/ نفين فاروق فؤاد : الآلة بين الذكاء الطبيعي والذكاء الاصطناعي –دراسة مقارنة –مرجع سابق –ص 177 .

[2] Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities –from science fiction legal social control,Op .cit ,. ,2016 .

[3] د/ نفين فاروق فؤاد : الآلة بين الذكاء الطبيعي والذكاء الاصطناعي –دراسة مقارنة –مرجع سابق –ص 179 .

ففي الحقيقة فإن اتصاف الروبوت بعض السمات الإنسانية كالإدراك أو التصرف الحر، بالإضافة إلي منحه الشخصية القانونية المحدودة ، ذلك ما وضعنا في أزمة قانونية كبيرة ، وهي تحمل هذه الروبوت للمسئولية الجنائية ، طالما ارتكبت الفعل المادي المكون للجريمة ،مع توافر القصد الجنائي من علم وإرادة ، ولكن قد يصطدم ذلك بفرضية أن يكون الروبوت مجرد آلة في يد الجاني ، وهنا لا يتصور في هذه الحالة قيام المسئولية الجنائية حيال الروبوت ، كما قد تتوافر فرضية آخري بأن الجريمة تنشأ عن خطأ المبرمجين ، وهنا أيضاً تنتفي المسئولية الجنائية عن الروبوت ، أما الفرضية الثالثة فهي التي تتوافر فيها جريمة الروبوت بسلوكه المباشر المنفرد بناء علي البيانات المخزنة بداخله ، وفي هذه الصورة تبرز الإشكالية التي تحتاج إلي حلول سريعة من الناحية التقنية والفنية ، ومن القانونية والتي هي محل دراستنا ، والتي سنحاول معالجتها فيما يلي :

المطلب الأول : جريمة الروبوت بوصفه أداة أو آلة .

المطلب الثاني : جريمة الروبوت بناء علي خطأ البرمجة أو الاهمال في التشغيل .

المطلب الثالث : جريمة الروبوت بناء علي تصرفه المباشر .

المطلب الأول

جريمة الروبوت بوصفه أداة أو آلة

في هذه الصورة يكون الواضح للعيان أن الروبوت مهما أتصف بالذكاء والإدراك والحس ، إلا أنه لا يمكن اعتباره إلا أداة أو آلة تخضع لإرادة خارجية تتمثل في الُمبرمج أو في الُمستخدم ، ففي النهاية فإن الذي استفتح خطة العمل أو خط السير هو إنسان آخر ،يملك إرادة ورؤية مختلفة عن الروبوت حتي وإن سار علي تنفيذها هذا الروبوت منفرداً .

وبداية يجب أن نفرق بين حالتين : الحالة الأولي تعمد استخدام الروبوت في ارتكاب جريمة بواسطة المبرمج أو المستخدم ، والحالة الثانية الخطأ أو الاهمال من المبرمج أو المستخدم في استخدام الروبوت أو صيانته مما تسبب في وقوع جريمة [1] .

ففي الحالة تكون جريمة الُمبرمج أو المستخدم جريمة عمدية ، بينما في الحالة الثانية تكون غير عمدية ، ولا يسأل أبداً الروبوت في هذه الحالة عن اي جريمة ، وقبل الدخول في نفي مسئولية الروبوت ، فلا بد من تعريف المسئولية الجنائية بوجه عام، وهي صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي الناشئ عما يرتكبه من جرائم .

[1] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 154 .

وتحملِ المسئولية الجنائية يتوقف على توفر شرطين، لا يغني أحدهما عن الآخر، وهما: الإدراك والاختيار، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسئولية الجنائية [1].

وتفترض المسئولية الجنائية في الشخص أياً كان أن يتوافر في شأنه عنصران : الأول عنصر مادي وهو السلوك المادي الإرادي النابع عن حرية وإدراك ولا إرغام أو جبر فيه .

والثاني عنصر معنوي هو القصد الجنائي أي العلم والإرادة لتحقيق نتيجة إجرامية ، ولا يمكن قيام المسئولية الجنائية إذا غاب أي عنصر منهما ، فلا يكفي العنصر المادي منفرداً ، فعلي سبيل المثال يقوم الحيوان بارتكاب الجرائم بفعله المؤذي ، فيقوم الكلب بعض المارة في الشارع وإحداث الإصابات بهم ، ولكن ما يقوم به لا ينسب الجريمة إليه ولا تنشأ في حقه أي مسئولية جنائية [2] .

وتقوم هذه الصورة استناداً إلي أن الروبوت لا يملك أياً من السمات البشرية الموصوف بها من الذكاء والإدراك والوعي والحسن ، كما لا يملك حرية الاختيار أو القدرة علي اتخاذ القرار ، فلا يُعترف له إلا بالشخصية القانونية الناقصة التي تمكنه من اكتساب بعض الحقوق دون تحمل الالتزامات .

ولا يُعدو الروبوت في هذه الصورة إلا أن يكون مجرد وسيلة لارتكاب الجريمة ، مثله مثل البندقية أو المسدس أو حتي السكين ، خصوصاً وأن قانون العقوبات لا يعبأ كثيراً بنوع وسيلة الجريمة في كثير من الأحيان إلا في جرائم معينة [3] .

فبالرغم من القدرات الهائلة للروبوت والتي لا يمكن تجاهلها ، والتي يعُترف له بها من وجهة النظر القانونية وأيضاً من الوجهة الفنية ، إلا أن هذه القدرات لا تؤهله لتحمل المسئولية الجنائية ، ولا عجب في ذلك فالإنسان ذاته قد تعتريه حالات معينة يكون فيها غير مسئول جنائياً ، أو ناقص الأهلية ، كحالته عند الجنون أو في صغر السن .

وفي هذه الصورة يكون الفاعل الأصلي للجريمة ذلك الشخص الذي يملك القدرة علي تحريك الروبوت أو السيطرة عليه وهو الفاعل المعنوي ، ولا يكون الروبوت في هذه الحالة إلا أداة أو آلة لارتكاب الجريمة ولا أكثر [4] .

---

[1] د/ أحمد صبحي العطار: الإسناد والإذناب والمسئولية في الفقه المصري والمقارن – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العددان 1 و 2 مطبعة جامعة عين شمس 1990 – ص 198 .

[2] د/ محمد محي الدين عوض : مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات –الكمبيوتر – بحث مقدم للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي في 25-28 اكتوبر 1993 .

[3] انظر نص المادة 233 من قانون العقوبات التي تنص علي القتل باستخدام الجواهر السامة .

[4] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 155

- **فكرة الفاعل المعنوي :**

يقصد بالفاعل المعنوي الشخص الذي يدفع غيره لارتكاب الجريمة ، فيرتكبها الأخير الذي يعد من وجهة نظر الفقه مجرد وسيلة أو أداة باعتباره غير مسئول جنائياً .

وفي الحقيقة فإن نظرية الفاعل المعنوي تنطبق علي هذه الصورة ، حيث تنطبق طبيعة الروبوت مع الشخص غير المسئول جنائياً الذي يفتقد للوعي والإدراك ، كالشخص المجنون أو الطفل غير المميز ، ونعتقد أن القياس في هذه الحالة غير محظور ؛ لأنه يعد قياس في قواعد غير عقابية تتعلق بالأهلية وليس بالعقاب ، كما أنه لا يوجد نص جنائي يحدد ما هية الفاعل المعنوي علي سبيل الحصر ، فيقصره علي الشخص الطبيعي ، وإلا كان ذلم يستوجب الالتزام به من غير اجتهاد [1] .

ويكون الفاعل المعنوي مسئول مسئولية جنائية كاملة عن تصرفات الروبوت باعتباره متحكم فيه أو مسيطر عليه ، ومن ثم فما يصدر عن هذا الأخير من أفعال تكون صادرة في الأصل عن الفاعل المعنوي عن قصد جنائي ، ويسأل عنها بالتبعية ،وفي أقل تقدير يمكن أن يسأل الفاعل المعنوي عن نتائج تصرفات الروبوت كنتائج محتملة ، لتوافر القصد الجنائي الاحتمالي ، فالنتيجة المحتملة للنشاط الإجرامي هي تلك النتيجة التي يحتمل عملاً وبحكم المجري العادي للأمور أن تتسبب عن النشاط الإجرامي إذا كان باستطاعته ومن واجبه توقعها حسب المجري العادي للأحداث ولو لم يكن قد توقعها فعلاً [2] .

فعلي سبيل المثال إذا قام المبرمج أو المصمم بتصميم برنامج لنظام الذكاء الاصطناعي أو الروبوت في مصنع لجعله يقوم بإحراق المصنع ولكن أثناء قيام الروبوت بتنفيذ الجريمة قام أحد الأشخاص بمقاومته لمنعه من ارتكاب الجريمة مما دفع الروبوت إلي قتله في هذه الحالة يسأل المبرمج أو المصمم وفقاً لقواعد مسئولية الفاعل المعنوي عن ارتكاب جريمة عمدية وهي جريمة الحريق العمد وجريمة القتل علي أساس أن القتل كان نتيجة محتملة لجريمة الحريق ؛ لأنه كان في مقدوره وكان من واجبه أن يتوقع حدوثها .

- **تحديد شخصية الفاعل المعنوي :**

شخصية الفاعل المعنوي لا تخرج عن احتمالين ، فإما أن يكون المُبرمج أو المُصمم لبرنامج الروبوت ، وإما أن يكون المستخدم لهذا الروبوت .

---

[1] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 155 .

[2] د/ أحمد صبحي العطار: الإسناد والإذناب والمسئولية في الفقه المصري والمقارن – مرجع سابق – ص 199 .

- **المسئولية الجنائية للمُصّنع أو المبرمج :**

وقد يقوم مطور برمجيات الروبوت بتصميم برنامج لارتكاب جرائم بواسطة الروبوت ، فيتم وضع برنامج لإشعال النيران في موقع عندما لا يكون هناك أحداً ، فيقوم الروبوت بتنفيذ البرنامج ، وعلي ذلك فإن هذا الروبوت هو من قام بوضع النار وتنفيذ الجريمة ، ولكن الذي يسأل عنها هو المبرمج ، وتُعد المسئولية الجنائية لمنتج أو مصنع الروبوت من أهم ما يثار عند ارتكاب الأخير لأي فعل إجرامي ، فيعتبر المنتج أو المبرمج مسئولاً عن كل ما ينجم عنها من أفعال نتيجة عيوب الصناعة ، حيث قد تحدث الجريمة نتيجة خطأ في البرمجة أو في التكوين الداخلي للروبوت مما يتسبب في حدوث جريمة جنائية وبالتالي يكون المصنع أو المبرمج مسئولاً عنها جنائياً .

حيث تنص المادة 67 / 1 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 علي إنه :- " يسأل منتج السلعة وموزعها قبل كل من يلحقه ضرر بدني أو مادي يحدثه المنتج إذا ثبت هذا الشخص أن الضرر نشأ بسبب عيب في المنتج .

ويترتب علي ذلك أنه يجب علي المنتج أو المبرمج الالتزام بمراعاة الجودة ومطابقة المواصفات المطلوبة فهي تتعلق بمنظور العميل وتوقعاته وذلك بمقارنة الأداء الفعلي للمنتج مع التوقعات المرجوة منه ، فالهدف الذي يسعي المنتج إليه هو تحقيق الربح وفي سبيل تحقيق ذلك قد لا يهتم بمراعاة الجودة في التصنيع مما يؤدي إلي حدوث أضرار يتسبب فيها الذكاء الاصطناعي بسبب عدم مراعاة الجودة في انتاجه [1] .

ويجب أيضاً مراعاة أن تكون الروبوت متوافقة مع قيم وتقاليد المجتمع ، فلا تكون دمية لاغراض جنسية ، ولا تكون ناطقة بإلفاظ غير لائقه .

- **المسئولية الجنائية للمستخدم :**

مستخدم الذكاء الاصطناعي هو الشخص الذي يتمتع بتقنياته فيمكنه استخدامه والاستفاده من قدراته الهائلة ومن المتوقع أن يقوم المالك أو المستخدم بإساءة استخدام برنامج الذكاء الاصطناعي مما يترتب عليه حدوث جريمة معينة يعاقب عليها القانون ونكون هنا أمام عدة احتمالات وهو الشخص الذي لا يقوم ببرمجة الروبوت بل هو من يقوم باستخدامه لتنفيذ مصالحه الخاصة ، فيشتري المستخدم روبوت خادم مصمم لتنفيذ أي أمر من صاحبه ، ويحدد الروبوت مستخدمه أو صاحبه علي أنه الموجه ، فيأمره هذا الموجه بمهاجمة من يتسلل ليلاً لأسوار المنزل فيقوم الروبوت بتنفيذ الأمر فيقتل المتسلل ، وفي هذه الحالة فإن من قام بالتنفيذ هو الروبوت ولكن المستخدم هو من أعطي الأمر ومن ثم فهو المسئول جنائياً [2] .

---

[1] د/ يحي إبراهيم دهشان : المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – مرجع سابق – ص 54 .

[2] د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر: المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – مرجع سابق – ص 60 .

وفي كلتا الحالتين تم ارتكاب الجريمة من قبل الروبوت ، ولم يقم المبرمج أو المستخدم بتنفيذها وفقاً للنموذج القانوني للسلوك الإجرامي ، إلا أن هذه الصورة تنطبق عليها المسئولية الجنائية للفاعل المعنوي ، فعندما يستخدم المبرمجون أو المستخدمون الروبوت علي هذا النحو ، فإن ما يقوم الروبوت بتنفيذه ينسب إليهم ، وذلك لتوافر الركن المعنوي لارتكاب الجريمة عندهم ، حيث توافرت نية ارتكاب الجريمة لدي المبرمج الذي صمم البرنامج لحرق الموقع ، كما توافرت نية ارتكاب الجريمة لدي المستخدم عندما وجه الروبوت لقتل من يتسلل أسوار المنزل ليلاً ، فبالرغم من تنفيذ هذه الجرائم بيد الروبوت ، إلا إنها تنسب للمبرمج والمستخدم .

المطلب الثاني

جريمة الروبوت بناء علي خطأ البرمجة أو خطأ التشغيل

من المتصور أن يرتكب الروبوت الجريمة ليس بناء علي برنامج صممه المبرمج لارتكاب الجريمة ، أو أمر يصدره المستخدم لتنفيذها ، ولكن يرتكب الروبوت الجريمة بناء علي خلل في البرمجة أو خطأ في التشغيل .

فإذا كان الخلل الذي أصاب الروبوت ناتج عن إهمال في الصيانة أو الخطأ في التشغيل مما أدي إلي ارتكابه للسلوك الإجرامي وفقاً لما تراكم لديه من بيانات وخبرات ، ولكن دون توجيه من أحد مما يتسبب في وقوع كوارث نتيجة للأخطاء غير المتوقعة ، فهنا تقع المسئولية الجنائية علي الشحص الذي أهمل في إجراء الصيانة اللازمة التي تفرضها عليه واجبات مهنته سواء كان هذا الشخص هو المبرمج أو المصنع أو المشغل أو المستخدم ،وتكون المسئولية غير عمدية عن الإهمال في اتخاذ ما يوجبه القانون من الحيطة والحذر من المخاطر التي يمكن أن تقع من سوء استخدام الروبوت أو الإهمال في صيانته أو فحصه [1] .

ويكون السلوك الذي تسبب بارتكاب الجريمة هو الخطأ من المبرمج أو المصنع، كما لو كان الخلل بسبب خطأ المبرمج في البرمجة أو بسبب خطأ في التصنيع كعدم مراعاة معايير الأمان والسلامة مما يدخل في المسئولية التقصيرية أو ارتكاب الجريمة دون قصد بخطأ من المستخدم،أو سلوك إجرامي ارتكبه المالك أو المستخدم للذكاء الاصطناعي وهو قاصد لارتكاب الجريمة ، فلا خلاف أن المسئولية الجنائية تقع على أحد الأطراف السابق ذكرها ، فتقع إما على المُصنّع أو المبرمج أو المستخدم حسب الظروف [2].

ويفترض هذا النموذج للمسئولية الجنائية التورط العميق للمبرمجين أو المستخدمين في سلوك الروبوت ، ولكن دون توافر نية ارتكاب الجريمة ، بحيث لا يكون عندهم علم بالجريمة حتي يتم ارتكابها بالفعل ، فهم لم يخططوا لارتكاب أي جريمة ، ولم يشاركوا في أي جزء في ارتكاب تلك الجريمة المحددة .

---

[1] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 156 .

[2] د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر: المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – مرجع سابق – ص 64 .

وفي مثال لذلك الروبوت المبرمج علي العمل كجراح آلي، والذي تتم برمجته علي غلق الشريان في حالة حدوث نزيف كجزء من مهمة الروبوت كمساعد للطبيب الجراح ، وفي أثناء العملية وعند قيام الطبيب بإجراء العملية يقوم الروبوت الجراح الآلي بغلق الشريات بطريقة تتسبب في تجلط الدم فيموت المريض بسبب سلوك الروبوت ، ومن الواضح هنا أن المبرمج لم يكن قصده ارتكاب أي جريمة قتل .

وتقوم المسئولية الجنائية تجاه المستخدم أو المبرمج في صورة الخطأ في البرمجة أو الاهمال في التشغيل علي أساس المسئولية الجنائية غير العمدية ، حيث لا يوجد سبب لمحاسبتهم علي التعمد ، في حين يتوافر في حقهم عنصر الاهمال والتقصير وعدم الاحتراز .

المطلب الثالث

جريمة الروبوت بناء علي تصرفه المباشر

يتصور في الواقع العملي أن يرتكب الروبوت السلوك الإجرامي بناء علي تطوره الذاتي دون تدخل من الشخص الطبيعي الذي قام بتصنيعه أو برمجته أو تشغيله ، وذلك لأن التقدم العلمي والتكنولوجي في مجال تقنيات الذكاء الاصطناعي قد يؤدي إلي اتخاذها لقرارات خاطئة وارتكاب السلوك الاجرامي بصورة مستقلة مثل جرائم فصل أجهزة التنفس الصناعي عن المريض ، أو غلق وريد المريض مما يؤدي إلي تجلط الدم ، أو وصف دواء خاطئ أو حقن أبر غير مطابقة في الجسم ، أو اتخاذ قرار غير مناسب للحالة المرضية أو غيرها من الصور الاجرامية الأخري [1] .

وفي هذه الحالة يستفحل الخطر ويزداد الضرر إذا كانت برامج أو آليات الذكاء الاصطناعي تتمتع باستقلالية كاملة وتتخذ قراراتها دون الرجوع إلى الإنسان ، إذا يتصرف الروبوت بمفرده بقصد تغيير الظروف الواقعية المحيطة ، ويكون هذا التصرف بإدراك اصطناعي وعلي قدر من الاختيار المبرمج .

وعلي ذلك يجب أن يكون للروبوت وضع قانوني معين يتجاوز وضع الآلة أو الأداة ، بالإضافة إلي امتلاله للقدرة علي التصرف واتخاذ القرار بحرية واقتدار دون تدخل من خارج أنظمته الداخلية .

وهو ما يعني تحرر الروبوت عن أي مؤثرات خارجية ، مما يجعله يتصف بالقدرة الذاتية ، والذكاء الاصطناعي الذي يؤهله للقيام بتطوير نفسه ، والتّعلم المستمر، وإصدار قرارات ذاتية خارجة عن النظام الذي يضعه المبرمج ، فيخرج هنا الذكاء الاصطناعي عن عباءة مصنعيه ليسيطر ذاتياً على نفسه ويكون السلوك المجرم المرتكب من قبله نابعاً عن قراراته الذاتية .

---

[1] د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر: المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – مرجع سابق – ص 68 .

ومن الأمثلة الواقعية على هذه الحالة قيام الروبوت الجراح بفصل جهاز الأكسجين عن المريض ، أو ضخ كمية كبيرة من الدم في جسد المريض مما أصابه بالتجلط ، وأيضاً السيارات ذاتية القيادة ، كما لو قامت سيارة ذاتية القيادة لها كامل السيطرة على حركتها بالتحرك من مكان إلى آخر، وفي طريقها قامت بصدم شخص ما من المشاة وتسببت بإصابته أو بمقتله، أو تسبب روبوت بأحد المصانع مع مراعاة جميع الأنظمة واللوائح الخاصة بالأمن والسلامة بقطع يد أحد العاملين في المصنع بسبب خطأ في تقدير الروبوتات التي تعمل بشكل منفرد عن الإنسان ولها كامل السيطرة على أفعالها وقراراتها الذاتية [1] .

وما نود الإشارة إليه إن الروبوت الجراح يتمتع بقدر كافٍ من الذكاء يمكنه من اتخاذ القرار بشكل مستقل في غرفة العمليات ، ويمكنه التمييز بين السلوك النافع والسلوك الضار، فعندما يكون للروبوت السيطرة الكاملة على الفعل دون تدخل بشري،فإن هذا ينبئ بخطر الإفلات من العقاب علي أي جريمة تقع من هذا الروبوت .

ففي ظل عدم إثبات المسئولية الجنائية علي المبرمج أو المستخدم اللذان لم يشتركا بأي صورة في سلوك الروبوت ، وفي نفس الوقت عدم القدرة علي إسناد المسئولية الجنائية علي الروبوت ، ومن ثم فلا بد وأن تواكب التشريعات ذلك النموذج الجديد من المسئولية الجنائية، وليس من المتصور معاقبة الروبوتات بإيقافه عن العمل كما دعا لذلك البعض، كون ذلك لا يحقق الردع الذي يصبو إليه المشرع من العقوبة وحماية للمجني عليه والمجتمع .

ونحن بصدد ذلك يبرز السؤال عمن هو المسئول عن هذه الجرائم ، ومن يتحمل المسئولية الجنائية عن هذه الجرائم التي تبدو وكأنها قضاء وقدر ؟؟!!

ففي معظم البلدان المتقدمة تستخدم الروبوتات الجراحية ، والروبوتات الصناعية ، والخوارزميات التجارية ، والروبوتات الشخصية ، وغيرها من كيانات الذكاء الاصطناعي ، وقد يكون هذا الاستخدام شخصيًا أو طبيًا أو عسكريًا أو تجاريًا أو صناعيًا ، وإزاء تورط الروبوت الجراح في أخطاء جراحية بمفرده وبشكل مستقل، فمن الذي يتحمل المسئولية الجنائية عن هذه الجرائم ؟

فإذا كان من غير المنطقي معاقبة المُصنّع أو المبرمج أو المستخدم عن خطأ الذكاء الاصطناعي الذي لا دخل لهم به ، ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن إهمال حق المجني عليه والمجتمع في معاقبة الجاني في الجريمة، واعتبار جرائم الذكاء الاصطناعي عبارة عن قضاء وقدر ، فنحن أمام جريمة ناجمة عن الذكاء الاصطناعي نفسه، لذا نحن بحاجة لتدخل تشريعي لمواكبة هذا التطور بوضع قواعد قانونية للمسئولية الجنائية الناجمة عن جرائم الذكاء الاصطناعي، بالتعاون مع المختصين في مجال التكنولوجيا والبرمجيات.

[1] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 159 .

علي أن يتم النص على اعتبار استخدام الذكاء الاصطناعي كوسيلة لارتكاب الجريمة، ظرفاً مشدداً للعقوبة نظراً لما لهذه الوسيلة من أثر كبير في تسهيل ارتكاب الجرائم بحيث يمكن للجاني أن يرتكب الجريمة دون أن يتحرك من مكانه، وبضغطة زر باستخدام تقنية الذكاء الاصطناعي ، مع ضرورة الموازنة بين التشجيع في استخدام وتطوير تقنيات الذكاء الاصطناعي في شتى المجالات، ووضع القواعد القانونية المنظمة التي تحمي المجتمع من مخاطره ويسهل تحديد المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي قد ترتكب من تقنيات الذكاء الاصطناعي نفسه ، ومما يضاعف من أهمية التنظيم القانوني، تلافي الإحجام عن استخدام أو تطوير تقنية الذكاء الاصطناعي وبالتالي حرمان المجتمع من فوائدها الجمة .

المبحث الثالث

حل أزمة عدم وجود النص الذي يحكم جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي

في ظل الوضع الراهن يجد الباحث في المجال الجنائي نفسه مجبر علي البحث في النصوص الجنائية القائمة، لمحاولة الخروج من إشكالية عدم وجود النص الخاص الذي يحكم الانماط المختلفة لجرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي ، وذلك إلي أن يصدر قانون خاص يحكم جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي ، وفيما يلي محاولة للبحث عن حلول لإشكالية شرعية هذه الجرائم من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : قراءة النصوص القائمة لتطبيق ما يتناسب مع هذه الجرائم المستجدة .

المطلب الثاني : دعوة المشرع لإصدار التشريع الجديد الذي يحكم هذه الجرائم بما يتناسب مع طبيعتها وخصائصها .

المطلب الأول

قراءة النصوص القائمة لتطبيق ما يتناسب منها علي جرائم الذكاء الاصطناعي

بالرغم من أن إشكالية المسئولية الجنائية الناشئة عن جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي تبلغ غايتها حين النظر في القواعد القانونية القائمة لعدم وجود النص الذي يحكمها ، ولتعدد الأطراف التي يمكن أن تنسب إليها الجريمة ، كالمُصّنع ، أو المبرمج أو المستخدم أو الروبوت ذاته ، ومن ثم فإن القواعد القانونية القائمة قد لا تتناسب مع هذه الجرائم ، إلا إنه بالنظر إلي فكرة الفاعل المعنوي ، فقد نجد حلاً ملائماً لجرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي ، وهي أن يرتكب الشخص الجريمة بدون أن يقترف أي سلوك مادي مستخدماً شخص آخر ليقوم بالركن المادي في الجريمة ، وقد يتمثل هذا الفاعل المعنوي في المصنع أو المبرمج ، أو قد يكون المستخدم [1] .

[1] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 172.

وفي التشريع الجنائي المصري نجد النصوص العقابية التي تُجرم كل السلوكيات التي تمثل أذي للغير[1]، ومن ثم رؤى إعادة قراءة هذه النصوص القائمة لإسباغها علي جرائم الذكاء الاصطناعي ،ومعالجة هذا الفراغ التشريعي عن طريق البحث في هذه النصوص وتفسيرها [2].

فقد يرتكب الفعل و يترتب علي ارتكابه الإخلال بمصلحة جديرة بالحماية، ويري المشرع أن هذا الفعل بالرغم من حداثته يخضع للتجريم وفقاً للقواعد العامة، فيكتفي بذلك فلا يتدخل بالتعديل أو بإصدار قانون جديد ليحكم هذا الفعل، مكتفياً بالقواعد القائمة التي يمكن أن توفر الحماية القانونية اللازمة .

وتبرز جرائم الذكاء الاصطناعي كحالة واضحة في هذا الشأن فتمس مصلحة جديرة بالحماية، تتمثل في الحق في الصحة والحق في الحياة، وهذين الحقين من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والجماعة علي السواء، إذ لا يمكن للجماعة أن تحتفظ بوجودها إلا إذا كان هذان الحقان محاطين بحماية دستورية و جنائية كاملة [3] .

وفيما يتعلق بجرائم الأذي التي يحدثها الذكاء الاصطناعي فكل فعل من شأنه إصابة الشخص في ملكاته بالإختلال أياً كان، ويفقده القدرة علي ممارسة حياته بشكل طبيعي، أو نقص الإدراك والتمييز لديه فهو عدوان يمس سلامة الجسد يعاقب عليه المشرع بموجب قانون العقوبات؛ لإحداث الأذي أو العاهة المستديمة بالمجني عليه متي ثبت أن الاعتداء الذي ارتكبه الجاني علي جسم المجني عليه قد نال من سلامته الجسدية .

لذلك رصد المشرع بالمواد 236، 240، 241، 265 من قانون العقوبات حماية الحق في سلامة الجسم من أي أذي؛ فعاقب علي أفعال الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة[4]، وما من شك أن هذه النصوص تغطي بالحماية أكثر من مصلحة جديرة بالحماية ضد أي صورة من صور الأذي التي تتسبب عنها جرائم الذكاء الاصطناعي .

وعند تطبيق قواعد التفسير علي هذه النصوص فإن الضرورة تستتبع قياس النتيجة التي تنتج عن جرائم الذكاء الاصطناعي علي النتيجة التي تنتج عن أفعال أخري جرمها القانون كإعطاء مواد ضارة أو الضرب أو الجرح حتي يتم إنزال العقاب علي هذه الأفعال التي تتسبب في إحداث هذا الأذي أو الضرر.

وبمقتضي ذلك فإن بيان الأفعال التي يجرمها القانون يتطلب تحديد الحق الذي يحميه تحديداً دقيقاً وتفصيل عناصره، فالحق في سلامة الجسم هو الحق في ضمان السير العادي للجسم، وكل فعل يمس هذا السير العادي يعد ضرباً أو جرحاً أو إعطاء مواد ضارة حتي ولو كان المدلول اللغوي لهذه التعبيرات غير متسع لذلك الفعل، وتطبيقاً لذلك قيام الروبوت بتوجيه أشعة إلي جسم مريض دون أن تنال من أعضاءه الخارجية بسوء، ولكنها تخل بالسير العادي لجهاز من أجهزته الداخلية، فإن ذلك يعد مساساً بالحق في سلامة الجسم، وكان بذلك

---

[1] د/ عصام عفيفي عبد البصير: النصوص العقابية في القوانين غير الجنائية – نحو سياسة جنائية جديدة – دار النهضة العربية – ص 57.

[2] د/ رفاعي سيد سعيد : تفسير النصوص الجنائية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ط 2008 – ص 57.

[3] راجع الدستور المصري الصادر في 2014 في مادته الثامنة عشر والتي نصت علي إنه لكل مواطن الحق في الصحة وفي الرعاية الصحية المتكاملة وفقاً لمعايير الجودة، وتكفل الدولة الحفاظ علي مرافق الخدمات الصحية العامة التي تقدم خدماتها للشعب ودعمها والعمل علي رفع كفاءتها وانتشارها الجغرافي العادل.....".

[4] د / فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – 1988- رقم 496 – ص 448، 449.

خاضعاً لتجريم القانون.

أما فيما يتعلق بجرائم القتل التي يحدثها الذكاء الاصطناعي فكل فعل من شأنه المساس بالحق في الحياة عن طريق تقنيات الذكاء الاصطناعي ، فإنه يخضع للنموذج القانوني لجريمة القتل [1] أو لجريمة التسميم[2] الواردتين في قانون العقوبات لتشابه النتيجة في الحالتين، ففي حالة قيام الروبوت بمنع تدفق الدم في أوردة المريض ، أو قيام الروبوت بحقن المريض بمادة قاتلة ، ونتج عن ذلك الموت تنهض المادتان 230، 233 عقوبات لتحكم الواقعة في هذه الحالة، وفقاً للقالب القانوني لجريمتي القتل أو التسميم.

فلأول وهلة يظهر أن عدة وقائع تقع تحت نص واحد من قانون العقوبات، فيطبق عليها هذا النص ويحكمها، وسبب ذلك هو وجود قاسم مشترك بين هذه الوقائع يتمثل في أثارها أو نتائجها، فقيام الروبوت بفصل أجهزة التنفس الصناعي عن المريض ، ينتج عنه الوفاة، يتشابه مع أي جريمة قتل اخري ؛ لأن النتيجة واحدة وهي إزهاق الروح.

إلا إنه علي القاضي أن يتحرز في ذلك والتأكد من عدم مشروعية الفعل، فلا يجوز له أن يقيس فعلاً غير مجّرم قانوناً علي فعل آخر مجّرم وفقاً لنص تشريعي ورد بتجريمه [3].

أما في مجال الجرائم غير العمدية للذكاء الاصطناعي فيري البعض [4] أن النصوص القائمة في قانون العقوبات المصري تكفي لمواجهة حالات جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي التي تقع عن طريق الخطأ، ولا داع لاستصدار قانون جديد ، فالحالات التي يتم فيها الأذي أو القتل عن طريق الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين واللـوائح والأنظـمة والقـرارات الخاصة بتدابير الاحتراز والدقة [5]، كل ذلك يخضع للتجريم الوارد في المادتين 244 و 238 من قانون العقوبات [6].

ومن جماع ما تقدم يتضح إنه إذا كانت القواعد العامة في القانون الجنائي تغطي جزء كبير من جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي، إلا أن ذلك قد يجهد القاضي في تطبيقه لهذه القواعد علي بعض أفعال الروبوت التي تتم بدون اعتداء، كالروبوت الذي يتعطل عن العمل فلا يؤدي أعماله الطبية المتطلبة مما يؤدي إلي وفاة المريض [7].

---

[1] تنص المادة 230 من قانون العقوبات علي إنه: "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام "

[2] تنص المادة 233 من قانون العقوبات علي إنه: "من قتل أحداً عمداً بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلاً أو آجلاً يعد قاتلاً بالسم أياً كانت كيفية استعمال تلك الجواهر ويعاقب بالإعدام "

[3] انظر: د / محمود نجيب حسني: القسم العام - رقم 80 ص 93، والدكتور عمر السعيد رمضان - القسم العام - رقم 55 - ص 89 ، ود / شريف سيد كامل : تعليق علي قانون العقوبات الفرنسي الجديد - ص 42.

[4] EL Chazli (F.) ; Le sida au regard du droitegyption , Raportpresente au colloque international sur " " droit et sidacomparaison international" Paris du 26-28 Octobre 1991 , Publie in droit et sidaComparaison international ,ed CNRS , 1994. Op. cit. P. 133..

[5] لم يسلك المشرع طريقاً واحداً في تحديد صور الخطأ غير العمدي حيث ذكر صورة واحدة وهي الإهمال في بعض المواضع، وذكر صورتين هما الإهمال وعدم الاحتراز في مواضع آخري، أو الإهمال والتقصير في موضع ثالث، وفي موضع رابع ذكر عدة صور مثل الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة، وأخيراً قد يذكر هذه الصور دون تحديد مثل " بسبب إهمال آخر"

[6] د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – مرجع سابق – ص 175 .

[7] LEPEE (P.) problems medicauxlegauxsouleves par le sida Gaz. Pal. 1991. P.206.

فإذا كان لمن يفسر النص الجنائي أن يبحث عن قصد الشارع مستعيناً بكل أسلوب يمّكنه من ذلك، فإن عليه أن يحترم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ويعني ذلك أن عليه أن يقف في بحثه عند الحد الذي يتبين له فيه أن تفسيره قد يجعله يبتدع جرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون [1]، فيجب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل [2].

المطلب الثاني

دعوة المشرع لإصدار التشريع الجديد الذي يحكم هذه الجرائم بما يتناسب مع طبيعتها وخصائصها

في ظل غياب النص الذي يحكم جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي فإنه يكون من اليسير ضياع حقوق المجني عليه ، وافلات مرتكب الجريمة من العقاب ، لذلك فإن المشرع ما زال مدعو للتدخل التشريعي لتجريم هذه الجرائم بنص خاص شامل ومباشر، وهذه الدعوة تجد ما يبررها لسببين :-

السبب الأول : القياس محظور في مجال القانون الجنائي:

القياس محظور في مجال العقاب ، ويؤدي التسليم بهذا القيد إلي حظر القياس علي من يفسر نص التجريم [3]، فليس له أن يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه علي فعل ورد نص بتجريمه فيقرر للأول عقوبة الثاني محتجاً بتشابه الفعلين أو بكون العقاب علي الثاني يحقق نفس المصلحة التي يحققها العقاب علي الأول [4] ، ولا شك أن هذا الحظر يسري علي فعل الروبوت في ظل عدم وجود نص بتجريمه ، ومن ثم فلا يجوز قياس قتل إنسان عن طريق السلوك المباشر للروبوت علي جرائم القتل العادية .

و طالما لم يجرم هذا الفعل بنص صريح في القانون الواجب تطبيقه فلا عقاب عليه، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلي أنه لا محل للاجتهاد عند صراحة نص القانون الواجب تطبيقه، وأنه لا يجوز اللجوء إلي حكمة النص أو التشريع المقارن إذا كان ذلك يؤدي إلي مخالفة صريح نص القانون [5].

وعلينا أن نعترف بأن هناك فراغاً تشريعياً واضحاً في مجال جرائم الذكاء الاصطناعي ، وأن الفقه القانوني قد تأخر نسبياً في التنبيه إلي المشكلات القانونية التي تثيرها مخاطر هذه الجرائم ، كما أن المشرع لم ينشط لتنظيم

---

[1] راجع د/ محمود نجيب حسني – القسم العام - المرجع السابق ص 99، الدكتور / مأمون محمد سلامة - القسم العام - ص 45، ود / عوض محمد - قانون العقوبات - القسم العام - رقم 8 - ص 9 ، ود / فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات – القسم العام – دار النهضة العربية ط 2018 – ص 68 وما بعدها .

[2] نقض جنائي – الطعن رقم 14514 لسنة 76 ق جلسة 2008/3/18 – السنة 59 – ق 35 – ص 212.

[3] Sorour(AhmedFathi); droit penal special , Alexandrie ,1997,R.I.D.P. 1998. P 89.

[4] استقر قضاء محكمة النقض في مصر علي أن " القياس في تفسير نصوص التجريم محظور، وأنه من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي، وعدم الأخذ فيه بطريق القياس " يراجع في ذلك نقض 19مايو سنة 1941 مجموعة القواعد القانونية جـ5 رقم 259 ص 471، نقض 20مارس سنة1956 مجموعة أحكام النقض س 7 رقم 122 ص 422، والطعن رقم 4865 لسنة 85 ق جلسة 2016/2/6.. منشور علي موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض:
WWW.CC.gov.eg/Courts/Cassation-Court/Crininal/Cassation-Court

[5] نقض جنائي – الطعن رقم 66149 لسنة 75 ق - جلسة 2006/4/4 – السنة 57 – ق 56 – ص 493.

هذا الأمر أيضاً، ولم يقم بالتدخل الفعال بالتجريم الرادع لأي فعل قد يرتكب بتقنيات الذكاء الاصطناعي ويؤدي إلي التسبب في الأذي للغير إلا أن هذا الفراغ التشريعي لا يثير القلق ففي مواد قانون العقوبات ما يغطي بالتجريم كل أنماط السلوك التي تلحق الضرر بالحق في الصحة والحياة، ومن جهة آخري فإن معالجة هذا الأمر لن يستعص علي التطور التشريعي، فقانون العقوبات المصري في صدر هذا القرن قد تدخل لتنظيم العديد من القضايا التي لم تكن في ذهن الباحث الجنائي، فلم يكن يعرف مثلاً الإتجار في الأعضاء البشرية، فأدي تفاقم مشكلة مافيا الأعضاء البشرية والاتجار فيها إلي سرعة أنجاز القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زراعة الأعضاء،وهكذا مهما بلغ التطور التشريعي فلن يكتمل مرة واحدة ، و الواقع يشير إلي أن المشرع لا يمكن بأي حال من الأحـوال أن يضع قواعد لتجريم كـــل أنماط السلوك غير المشروع جمـــلة واحدة [1] [2].

ثانياً : الاصطدام مع مبدأ عدم شرعية الجرائم والعقوبات :

نري إنه من الأولّي بالفقه الجنائي حث المشرع علي إصدار القانون الذي يجرم مضار الذكاء الاصطناعي بنص خاص [3] ، أما الاجتهاد في إيجاد نص ينطبق علي هذه الجرائم، فهو اجتهاد غير صائب؛ لأنه يضع العربة أمام الحصان، بمعني أنه يضع الجزاء قبل أن يقنن الجرم، فهذا الاتجاه قد أغفل أن الأصل هو أن يأتي شق التجريم أولاً، بحيث يسبق في وضعه شق الجزاء، وأنه تبعاً لذلك واتساقاً مع مبدأ الشرعية الجنائية فإنه لا يمكن توجيه الخطاب للسلطات بتوقيع العقاب أولاً قبل مخاطبة الأفراد بشق التكليف أو التجريم[4].

ومن جهة آخري فإن البحث عن قاعدة عقابية (شق الجزاء) لتطبيقها علي جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي، يعد أساس غير منطقي[5]؛ لأن المخاطب بهذه القاعدة الجزائية في الأساس هو القاضي المنوط به تطبيق القاعدة القانونية، وإن كان الأفراد مخاطبون بها أيضاً إلا أنهم مخاطبون بدرجة أكبر بقاعدة التجريم، وليس بقاعدة الجزاء، أي أن الشق المتعلق بالجزاء موجه للقاضي في المرتبة الأولي، أما الشق المتعلق بالتجريم فهو يخاطب الأفراد بصفة أساسية في المرتبة الأولي [6].

ونخلص مما سبق أن التجريم بوجه عام يسبق العقاب، أي أن التجريم يأتي أولاً ثم يأتي بعد ذلك العقاب، ومن ثم فمن غير المستساغ أن يجهد الفقه نفسه في البحث عن عقوبة للروبوت في القواعد القانونية القائمة،

---

[1] د/ رمسيس بهنام : الكفاح ضد الإجرام – منشأة المعارف بالإسكندرية - ط 1996 ص 5.

[2] وانظر أيضاً - د/ رمسيس بهنام – نظرية التجريم في القانون الجنائي , معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً – منشأة المعارف بالإسكندرية – الطبعة الثانية - ص327.

[3] في مجال غياب النص التجريمي فقد استقرت أحكام محكمة النقض علي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا يجوز التوسع في تفسير نصوص القانون الجنائي، كما يحظر القياس عليها.." راجع الطعن رقم 50800 لسنة 85 ق جلسة 2017/2/15 منشور علي موقع البوابة القانونية لمحكمة النفض: WWW.CC.gov.eg/Courts/Cassation-Court/Crininal/Cassation-Court

[4] راجع د / مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات – القسم العام – ج 3 – 1990 – ص 19.

[5] د / عصام عفيفي عبد البصير: أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها – دار النهضة العربية – ط 2007 – ص 46.

[6] الدكتور / عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية – طبعة الشركة الشرقية للنشر والتوزيع – بيروت – لبنان – بدون تاريخ – ص 15.

قبل أن يجتهد في تقنين هذا الفعل وتجريمه بنص صريح وواضح، خصوصاً في ظل عدم جواز القياس في قانون العقوبات [1].

سمة النص المرتقب لتجريم مضار تقنيات الذكاء الاصطناعي :

يلزم أن يكون التدخل التشريعي المرتقب مناسباً للتطورات والمستجدات الحديثة في المجال الطبي، بحيث يغطي كل السلوكيات التي تهدد الحق في الصحة والحياة، وتحد من مضار الذكاء الاصطناعي، ومن ثم نهيب بالمشرع أن يضع في اعتباره عند تجريم مضار الذكاء الاصطناعي ما يلي: –

- أن يكون تجريم مضار تقنيات الذكاء الاصطناعي والعقاب عليه بالحد الضروري لتحقيق المصلحة الاجتماعية العادلة للمجتمع، ويتطلب ذلك عدم إسراف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب آخذة في ذلك ما تقدمه هذه التقنيات من فوائد للبشرية ، ولكن ذلك لا يمنع السلطة التشريعية من صياغة النصوص في شكل فضفاض يمكن أن يتناول الكثير من الأفعال التي تتلاءم مع تطور المصالح محل الحماية الجنائية، فتحتوي هذه النصوص السلوكيات المستجدة التي تتسبب في الضرر بسبب تقنيات الذكاء الاصطناعي ؛ لأن العلوم الطبية كل يوم في تطور [2].
- يجب عند حماية القانون للحق في الصحة أو الحياة من مضار الذكاء الاصطناعي كأساس للتجريم، إلا يصطدم ذلك بالشعور الاجتماعي العام، كتجريم سلوك يتم ممارسته طبقاً لحق من الحقوق التي كفلها الدستور مثل البحث العلمي والتجارب الطبية المشروعة [3]؛ لذلك فإن وضع الطبيب الذي يستخدم تقنيات الذكاء الاصطناعي بصورة صحيحة في موضع المتهم أمراً في غاية الصعوبة ويتطلب حظراً شديداً [4].
- من حيث العقاب: فإنه إذا كان الاطباء الذين يستخدمون تقنيات الذكاء الاصطناعي ، ليسوا كالمجرمين؛ فإنه لا يجوز التمعن في عقابهم بصورة مبالغ فيها[5]، أو معاملتهم بصورة قاسية؛ فمن المفترض أنهم يهدفون إلي خدمة المرضي بصورة لا تقبل إثبات العكس ؛ لذلك يجب علي القاضي أن يطبق العقوبات التي تتناسب مع السلوك الذي تسبب في الضرر .

---

[1] انظر حظر القياس في تفسير نصوص التجريم والعقاب د / شريف كامل: تعليق علي قانون العقوبات الفرنسي الجديد – مرجع سابق – ص 42، د / أشرف توفيق شمس الدين – شرح قانون العقوبات – القسم العام – النظرية العامة للجريمة والعقوبة – دار النهضة العربية 2015 – ص 135.

[2] د / مأمون محمد سلامة – قانون العقوبات -القسم الخاص – مرجع سابق - ص 27.

[3] د / شريف سيد كامل: القسم العام – مرجع سابق – ص 150 .

[4] BOUBI (B.) et GUIGUE (J.), Le droit penal et le SIDA , la Revue d pratieien,Medecine generale,T.5.N 124,du 28 Janvier 1991,p.247.

[5] KEYMAN; Leresuiltat penal Rev. sc. crim. 1986. Op. Cit.P. 781.

الخاتمة :

بعد تزايد استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في جميع مجالات الحياة ، وخصوصاً في المجال الطبي ، يستلزم تبعاً لذلك تطوير المنظومة التشريعية لتتماشي مع التطور المذهل في تقنيات الذكاء الاصطناعي ، وفي هذه الدراسة تناولنا مفهوم الذكاء الاصطناعي ، وتطبيقاته ، وأهم صور استخداماته في المجال الطبي .

وظهر لنا من خلال الدراسة مخاطر استخدام تقنية الذكاء الاصطناعي في المجال الطبي حيث يسهل السيطرة علي هذا الكيان وتعطيلة ، والعبث ببرمجته ، ثم تناولنا صور المسئولية الجنائية للذكاء الاصطناعي ، ومدي تحمله للمسئولية الجنائية والجدل الفقهي حول إمكانية تحمل تقنيات الذكاء الاصطناعي للمسئولية الجنائية .

كما تناولت الدراسة إنزال القواعد القانونية القائمة علي الجرائم المستجدة للذكاء الاصطناعي ، ثم تناولت حتمية التدخل التشريعي لمواجهة جرائم الذكاء الاصطناعي .

النتائج :

- تبين من خلال الدراسة أن النصوص الجنائية القائمة أصبحت غير كافية لمواجهة جرائم تقنيات الذكاء الاصطناعي ، وذلك ينبأ حتماً بالاصطدام مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .
- الاعتراف بالشخصية القانونية المحدودة لتقنيات الذكاء الاصطناعي غير كاف للتغلب علي إشكالية قيام المسئولية الجنائية تجاه كيان مصنوع لا يتعدي كونه آلة تتحرك وتتصرف بوسائط خارجية .
- استقلال تقنيات الذكاء الاصطناعي في تحمل تبعات المسئولية الجنائية منفردة يفتح الباب واسعاً أما إجرام الفاعل المعنوي ، الذي يسهل له ارتكاب الجرائم عن بعد ويفلت من العقاب بسهولة ويسر .
- تقنيات الذكاء الاصطناعي تلعب دوراً مهماً في مستقبل البشرية ، حيث تقوم بحل الكثير من المشكلات ، وتتدخل في الظروف الصعبة للقيام بالمهام شديدة الخطورة ، كما في حالات الجوائح الصحية ، وتفشي الأوبئة .
- الجرائم التي يمكن أن ترتكب عن طريق الذكاء الاصطناعي لا يمكن حصرها ، و في تزايد مستمر ، وهو ما يتصادم مع التشريعات القائمة من حيث إمكانية إثبات المسئولية الجنائية .

التوصيات :

- توصي الدراسة بحتمية إصدار تشريع خاص بجرائم الذكاء الاصطناعي ، لذلك نجدد الدعوة للمشرع للتدخل التشريعي الفوري لتجريم ما ينجم عن مضار تقنيات الذكاء الاصطناعي في المجال الطبي .
- توصي الدراسة بوضع تصور يسمح بإمكانية تطبيق قواعد المسئولية الجنائية علي كل أطراف جرائم تقنية الذكاء الاصطناعي بما فيها منظومة الذكاء الاصطناعي ذاته ، والمُصّنع أو المبرمج ، والمستخدم ، مع وضع عقوبات تناسب هذه الجرائم وتناسب مرتكبيها .
- توصي الدراسة بوضع قواعد إجرائية خاصة لجرائم الذكاء الاصطناعي ، من حيث سهولة الاثبات والتحقيق ، مع ضرورة إنشاء دوائر قضائية خاصة لهذه الجرائم ، ولعل أقربها المحاكم الاقتصادية .
- توصي الدراسة بتقنين مسئوليات المُصّنع والمستخدم ومنظومة الذكاء الاصطناعي بكل دقة ، مع اعادة

النظر في النظام العقابي الذي يتلائم مع هذا النوع من الجرائم ، ويناسب الأشخاص الحديثة المخاطبة به .

- توصي الدراسة بضرورة وضع تقنيات الذكاء الاصطناعي تحت التأمين الاجباري ، وإصدار شهادة باسم مُصنعها ، ومبرمجها ، ومستخدمها ، وشهادة لضمان مخاطرها .
- توصي الدراسة بالاعتراف بالشخصية القانونية المحدودة لتقنيات الذكاء الاصطناعي ، بالقدر الذي يسمح بالاشتراك في المسئولية الجنائية المشتركة مع المبرمج والمستخدم حال ارتكاب الجرائم .

❖ قائمة المراجع : المراجع العربية :

- د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسئولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه –جامعة عين شمس– 2020 .
- د/ أحمد عبد الظاهر : الطب الذكي – طباعة الأعضاء البشرية – مقال قانوني منشور في جريدة الوطن المصرية بتاريخ 2021/12 .
- د/ أسامة عبد الله قايد : المسئولية الجنائية للأطباء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية 2003 .
- د/ أسماء محمد السيد : تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم – رسالة دكتوراه كلية التربية جامعة المنيا 2020 .
- د/ رفاعي سيد سعيد : تفسير النصوص الجنائية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ط 2008.
- د/ رمسيس بهنام : الكفاح ضد الإجرام – منشأة المعارف بالإسكندرية – ط 1996 .
- د / شريف سيد كامل: المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية .
- د/ عبد الله موسي ، ود / أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي – ثورة في تقنيات العصر – الطبعة الأولي دار الكتب المصرية القاهرة 2019 .
- د/ فايز النجار : نظم العلومات الإدارية –منظور إداري – دار الحامد للنشر والتوزيع –ط 4 الاردن 2010 .
- د/ محمد عبد الوهاب الخولي : المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة – الطبعة الأولي 1997 .
- د/ محمد فهمي طلبة : الحاسب والذكاء الاصطناعي – مطابع المكتب المصري الاسكندرية 1997 .
- د/ محمد محي الدين عوض : مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات –الكمبيوتر – بحث مقدم للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي في 25–28 اكتوبر 1993 .
- د/ محمود أحمد طه : المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والانترنت – دراسة مقارنة – دار الفكر والقانون – المنصورة 2012 .

- د/ مطاوع عبد القادر : تحديات ومتطلبات استخدام الذكاء الاصطناعي في التطبيقات الحديثة لعمليات إدارة المعرفة – دار النهضة العربية – 2012 .
- د/ نفين فاروق فؤاد : الآلة بين الذكاء الطبيعي والذكاء الاصطناعي –دراسة مقارنة مجلة البحث العلمي في الآداب كلية البنات جامعة عين شمي العدد13 الجزء 3 عام 2012 .
- د/ همام القوصي : إشكالية الشخص المسئول عن تشغيبل الروبوت – تاثير نظرية النائب عن الإنسان علي جدوي القانون في المستقبل – دراسة تحليلية استشرافية – مجلة البحوث القانونية المعمقة – العدد 25 – سنة 2018 .
- د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر : المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – دراسة تحليلية استشرافية – مجلة روح القوانين العدد 96 اكتوبر 2021 .
- د/ ياسر محمد اللمعي : المسئولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول – دراسة تحليلية استشراقية – بحث مقدم للمؤتمر الدولي السنوي العشرين – بكلية الحقوق – جامعة المنصورة في الفترة من 23 -24 مايو 2021 .
- د/ يحيي إبراهيم دهشان : المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي – بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون – العدد 82 – ابريل 2020 .

❖ **المراجع الأجنبية :**

- Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities - from science fiction legal social control ,Akron law Journal ,2016 .
- Jonathan herring; criminal law palgrave Macmillan fourth edition 2005.
- Michael Jefferson ; criminal law Longman group edition 1995.
- Russell Heation ; criminal law Oxford University press second edition 2006.
- Steven J.Frank , adjudication and the emergence of artificial intelligence software,Suffolk, U.1.Rev,623,1987 .
- Ying HU : robot criminal , university of Michigan Journal of law reform,volume 52- 2019 .

الحماية الجنائية للعلامة التجارية في القانون العراقي- دراسة مقارنة

Trademark Criminal Protection - A Comparative Study

م.م محمد رحيم حسب الله حمود الدلفي باحث دكتوراه

ومدرس مساعد بكُلية القانون/ جامعة البيان الاهلية/جمهورية العراق

Mohammed Raheem Hassaballah : PhD researcher and assistant lecturer

at the College of Law / Al-Bayan National University / Republic of Iraq

الُملخص:

ان العلامات التجارية سواء أكانت غير المسجلة أو المسجلة تتمتع بالحماية القانونية كقاعدة عامة فاذا كانت مسجلة فإنها تتمتع بالحماية الجزائية والمدنية اما إذا كانت غير مسجلة فإنها تتمتع بالحماية المدنية فقط. كما ان موضوع العلامات التجارية يكتسب أهمية قانونية كبيرة لما لها من دور فعال وحيوي في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية وتنشيط التعاملات والصفقات التجارية، لذا ونتيجة للدور المتعاظم عبر الزمان كان من المهم والضروري على الدول المبادرة بسن تشريعات لحمايتها، وكذلك تفعيل كل الأجهزة للقيام بدورها في حماية تلك العلامة التجارية. وان الحماية الجنائية التي تتوفر للعلامة التجارية يجب ان يكون محدد من حيث المكان والزمان اي يجب ان تكون تلك العلامة التجارية غير مستخدمة وجديدة في شكلها العام بحيث لم تستعمل من قبل شخص ما بعبارة أخرى انها لم يتم تسجيلها على نفس البضائع والمنتجات او الخدمات من طرف شخص آخر.

- **الكلمات المفتاحية** : العلامة التجارية، حماية العلامة التجارية، تقليد العلامة التجارية، تزوير العلامة التجارية، العلامة التجارية غير المسجلة.

Abstract :

The registered or unregistered trademark enjoys legal protection as a general asset. If it is registered, it enjoys penal and civil protection. If it is not registered, it enjoys civil protection only. The issue of the trademark is of great importance due to its effective and vital role in moving the wheel of economic development and activating commercial dealings and deals, so as a result of the growing role over time it was important and necessary for countries to initiate legislation to protect it, as well as activate all devices to play their role in protecting the brand. And that the criminal protection available to the trademark must be specific in terms of time and place, that is, the trademark must be new in its general form so that it has not been used before or has not been registered on the same goods, products or services of another person.

- **Key words** : trademark, trademark protection, trademark imitation, trademark counterfeiting, unregistered trademark.

المقدمة :

احتلت منازعات العلامات وكيفية تسويتها مكانه متميزة ضمن التشريعات الحديثة للعلامات واذا كان الاهتمام بهذا الموضوع من طرف القضاة مبرر من حيث كونه نطاق اختصاصهم فان اهتمام الفقه به يعود في الأصل الى حجم النزاعات التي تتزايد باستمرار بشان العلامات حتى وان منح شهادة التسجيل للعلامة مؤشر على ميلاد منازعة جديدة، وتفسير كثرة هذه المنازعات بالأعداد الضخمة من العلامات في الأسواق والتي أصبحت تتميز حاليا في الحرية في التداول بسبب تأثيرات العولمة والانفتاح الاقتصادي وهكذا أصبحت منازعات العلامات الانشغال اليومي لرجال الفقه والقضاء وحتى المشرعين.

ان البعض قد يعتمد الى الاعتداء على تلك العلامة من خلال تصويرها او تقليدها من اجل استغلال ثقه المستهلك فيها وشهرتها التي قد تصل الى المستوى العالمي وهذا في الغالب قد يمتد الى بضائع حياه الناس كتزوير المنتجات الدوائية والغذائية او المعدات الأساسية للآلات مما يعرض حياة الناس للخطر.

- **أهمية البحث :**

لقد اصبحت العلامات التجارية وسيله دعائية مهمة لزيادة الطلب على سلعه معينه كما ان تزايد استهلاك سلعة معينةدليل على زيادة شهره تلك العلامة، مما يترتب على ذلك اعتبارها ذات قيمه ماليه بعض

الاحيان وغني عن القول ان حماية هذه العلامة في مواجهة التقليد والتزوير وغير ذلك من صور الاعتداء التي من الممكن ان تقع على العلامة التجارية ومن هنا قامتالدول لوضع قوانين خاصة تكفل تنظيم وحماية تلك العلامات.

- **مشكلة الدراسة :**

سوف تبحث هذه الدراسة مجموعة من المشكلات التي يمكن ان تثار بصدد صور التعدي على العلامة التجارية وتقليدها المستوجبة لتوقيع عقوبات جزائية. وهناك تساؤل يثور عن مدى فعالية الحماية القانونية في حماية العلامات التجارية من الاعتداءات الواقعة عليها؟

- **منهجية الدراسة :**

إن المنهجية التي سوف يتم اتباعها في هذه الدراسة تتنوع بين المنهج التحليلي، وبين المنهج المقارن في الوقت نفسه، حيث سنقيم عروضا ومقارنات عديدة بين التشريع العراقي وبعض التشريعات الوطنية، فضلا عن بعض المقارنات مع أحكام الاتفاقيات الدوليةمع التطرق للموقف الفقهي من أية مسألة مثارة نرى ضرورة الرجوع إليه.

- **خطة الدراسة :**

بغية تسليط الضوء على الموضوع من جوانبه المتعددة وللإمام بكل أبعاده العلمية والعملية فأن خطة البحث جاءت نتيجة لسلسة من التساؤلات المتوخاة من عنوان البحث (الحماية الجنائية للعلامة التجارية) لذا سيقف البحث على مبحثين: خصصنا المبحث الأول لبيان مفهوم العلامات التجارية اما المبحث الثاني من الدراسة فبينا به الحماية الجنائية للعلامات التجارية. ومن ثَمَّ اختتمنا دراستنا هذه بخاتمة بينا فيها اهم النتائج التي توصلنا اليها، والمقترحات التي نشد على يد المشرع العراقي للأخذ بها في هذا الخصوص.

المبحث الأول : مفهوم العلامة التجارية :

أصبحت العلامة التجارية التي نراها اليوم على السلع، او التي تستخدم في عروض الخدمات وسيلة لجذب العملاءوالمستهلكين، بما تؤديه لهم من تسهيل في التعرف على ما يرغبون به من خدمات وسلع، لذلك فهي تختلف عن باقي عناصر الملكية الصناعية والتجارية. كما لها أنواع واشكال مختلفة. وعلية سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين : نخصص المطلب الأول لبيان تعريف العلامات التجارية، ونبين في المطلب الثاني أنواع العلامات التجارية.

المطلب الأول : تعريف العلامة التجارية :

اختلفت محاولات تحديد المقصود بالعلامة التجارية وذلك بحسب الزاوية التي يُنظر منها للعلامة، وقد نجم عن هذا الاختلاف وجود العديد من التعريفات من نواحي ثلاثة: تشريعية واتفاقية وفقهية. وعليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاث افرع: نخصص الفرع الأول لبيان التعريف التشريعي للعلامة التجارية ونخصص الفرع الثاني لبيان التعريف الاتفاقي للعلامة التجارية واخيرا نخصص الفرع الثالث لبيان التعريف العلامة التجارية لدى الفقه وكالآتي :

الفرع الأول : التعريف التشريعي للعلامة التجارية :

لقد عرف المشرع العراقي العلامة التجارية بأنها : " أي إشارة أو مجموعة من الإشارات يمكن أن تشكل علامة تجارية يمكن من خلالها التمييز بين سلع مشروع ما عن سلع مشاريع أخرى مثل الإشارات، وبخاصة الكلمات وبضمنها الأسماء الشخصية والحروف والأرقام والأشكال الرمزية والألوان وكذلك أي خليط من هذه الإشارات يمكن تسجيله كعلامة تجارية، وإذا كانت الإشارات غير قادرة بحد ذاتها على تمييز السلع أو الخدمات فأن إمكانية التسجيل تتوقف على السمة المميزة المكتسبة من الاستعمال ولا يشترط في الاشارة إدراكها بصرياً حتى تصلح للحماية كعلامة تجارية".يلاحظ على هذا التعريف ان المشرع العراقي قد اعطى مفهوماً واسعاً للعلامة التجارية فتضمن التعريف اشكالاً وصوراً متعددة للعلامة وردت على سبيل المثال وليس الحصر[1].

وقد عرف قانون العلامات التجارية الأردني رقم (34) لسنة 1999 العلامة التجارية بأنها:" أي إشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره"[2].

اما المشرع المصري فقد عرف العلامة التجارية في المادة (63) من قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 التي نصت على ان العلامة التجارية:" كل ما يميز منتجا سلعة كان أم خدمة من غيره وتشمل على وجه الخصوص الاسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والامضاءات والكلمات والحروف والارقام والرسوم والرموز وعناوين المحال والدمغات والاختام والتصادير والنقوش البارزة ومجموعة الألوان التي تتخذ شكلاً خاصاً ومميزاً، وكذلك أي خليط من هذه العناصر اذا كانت تستخدم او يراد ان تستخدم، اما في تميز منتجات عمل صناعي

([1])يُنظر: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط1، عمان، دار الفرقان للنشر والتوزيع،1983، ص 233.

([2]) يُنظر: د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية (براءات الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، العلامات التجارية والصناعية، الاسم والعنوان التجاري) القاهرة، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع، ص249.

او استغلال زراعي او استغلال للغابات او لمستخرجات الارض او أي بضاعه، وأما للدلالة على مصدر المنتجات او البضائع او انواعها او مرتبتها او ضمانها او طريقة تحضيرها واما للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات، وفي الاحوال جميعاً يتعين ان تكون العلامة مما يدرك بالبصر"[1].

يلاحظ ان المشرع المصري قد أورد تعريفاً للعلامة التجارية فشمل اشكالاً متعددة للعلامة التجارية على سبيل المثال وليس الحصر ومد نطاق استعمالها إلى النشاط الزراعي واستغلال الغابات والمعادن وكذلك للدلاله على اي خدمة من الخدمات هذا بخلاف المشرع العراقي والأردني الذين قصرا نطاق استعمال العلامة التجارية على النشاط الصناعي والتجاري.

اما المشرع الجزائري فقد عرف العلامة بمقتضى المادة الثانية من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/7/19 المتعلق بالعلامات بقوله: "العلامات: كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والاحرف والأرقام والرسومات او الصور والاشكال المميزة للسلع او توضيبها والألوان بمفردها او مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع او خدمات شخص طبيعي او معنوي عن سلع وخدمات غيره".

يلاحظ على التعريف أعلاه اعتبار العلامة كل رمز قابل للتمثيل الخطي وبمفهوم المخالفة لا تعد بمثابة علامة الرموز الأخرى التي لا تقبل بطبيعتها التمثيل الخطي. ويلاحظ أيضا تعداد قائمة الرموز للتمثيل الخطي على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر يفهم ذلك من استعمال المشرع لعبارة (لاسيما) التي تفيد ان هذا التعداد مذكور على سبيل المثال.

الفرع الثاني : التعريف الاتفاقي للعلامة التجارية :

يرجع التعريف الاتفاقي للعلامة مرجعتيه من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع العلامات وفي هذا الصدد عرفت اتفاقية باريس العلامة على انها:" صفة مميزة لسلعة او خدمة اما إذا كانت مجردة من اية صفة مميزة او كان تكوينها قاصرا على إشارات او بيانات يمكن ان تستعمل في التجارة للدلالة على نوع المنتجات وجودتها او كميتها او الغرض منها او محل منشأ المنتجات او زمن الإنتاج او إذا كانت قد أصبحت شائعة في اللغة الجارية او في العادات الجارية المشروعة والمستقرة فلا تعد علامة بالمفهوم الاتفاقي لها"[2].

ما يلاحظ على هذا التعريف انه اهتم بالتمييز بين العلامة وما يشابهها من إشارات او بيانات أكثر من اهتمامه بتعريف العلامة بحد ذاتها ومثل هذا الموقف قد يكون محل نقد من الجوانب التالية : ان هذا

([1])يُنظر: عامر الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها ومفرداتها وطرق حمايتها، عمان، دار الجيب للنشر، 1998، ص 52.

([2])يُنظر: د. صلاح زين الدين، العلامة التجارية وطنيا ودوليا، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص75.

التعريف لم يحدد الصور والأشكال التي قد تتخذها العلامة أو هذه (الصفة المميزة) ومن هنا جاءت هذه الصفة خالية من أي تحديد للمقصود منها.

وإلى جانب هذا التعريف عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية العلامة التجارية على انها:" إشارة مميزة توضع على بعض السلع او الخدمات لبيان ان شخصا محددا او شركة محددة تنتجها او تقدمها"[1].

وتضح من هذا التعريف انه قد أغفل تحديد طبيعة الحق في العلامة وخصائصه وشروط اكتسابه. ويتجاهل هذا التعريف الآثار المترتبة على الحق في العلامة وخاصة فيما يتعلق بحمايتها.

وعلى مستوى آخر ربطت اتفاقية نيس المؤرخة في 1957/6/15 المعدلة في 1979/9/28 تعريف العلامة بالتصنيف المشترك للسلع أو الخدمات ويتخذ كل صنف رقم معين يتم قيده عند الإيداع وعند التسجيل.

وبالنسبة الى اتفاقية تريبس فقد عرفت العلامة التجارية في المادة 15 منها على انها:" تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لان تكون علامة تجارية، هذه العلامات لاسيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية وحروفا وارقاما واشكالا ومجموعات الوان واي مزيج من هذه العلامات، مؤهلة للتسجيل كعلامة تجارية وحين لا يكون في هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات ذات الصلة يجوز للبلدان الأعضاء ان تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطة بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام. كما يجوز لها اشتراط ان تكون العلامة المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر كشرط لتسجيلها".

انطلاقا من هذا التعريف يمكن لنا استنتاج العناصر التي يتشكل منها تعريف العلامة بالمفهوم الاتفاقي المنصوص عليه في اتفاقية تريبس بالآتي:

1- اعتبار العلامة كأداة للتميز بين سلع أو خدمات مؤسسة ما عن سلع او خدمات غيرها من المؤسسات.
2- خضوع صلاحية التسجيل لعلامة الى إرادة كل دولة من الدول المتعاقدة حيث من حق الدولة أن تشترط لتسجيل العلامة التمييز المكتسب من خلال استعمالها كما يحق لدولة أخرى ان تشترط لتسجيل العلامة ان تكون العلامة مرئية أي قابلة للإدراك عن طريق البصر.

([1])يُنظر: صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص 75.

الفرع الثالث : التعريف الفقهي للعلامة التجارية :

طرح الفقه عدة تعريفات للعلامة التجارية فقد عرفت العلامة التجارية على أنها: "إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات والخدمات تمييزا لها مما يماثلها من سلع تاجر عن آخر أو منتجات أرباب الصناعات الأخرى"[1].

يتضح من هذا التعريف ان العلامة التجارية توضع من قبل المنتج او الصانع على بضائعه أو منتجاته لغرض تمييزها عن غيرها من السلع أو المنتجات وقد توضع من قبل التاجر على البضائع التي يبيعها.

وهناك من عرف العلامة التجارية بأنها:" كل اشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلعة المماثلة"[2].

يتضح من هذا التعريف ان الهدف من وجود العلامة التجارية هو لتمييز المنتجات لجذب المستهلكين والعملاء نظراً لما تؤديه لهم هذه العلامة من امكانية التعرف على ما يفضلونه من سلع وبضائع بسهولة.

ويرى جانب اخر من الفقه انه:" يقصد بالعلامة السمة المميزة التي يضعها تاجر على منتجات محله التجاري فهي علامة تجارية او الصانع على المنتجات التي يقوم بصنعها وهي علامة مصنع، قصد تمييزها عن المنتجات الأخرى المشابهة لها والمعروضة في السوق"[3].

كما عرفها جانب اخر بانها:" الشعار الذي يتخذه الصانع او التاجر او الزراع لمنتجاته او بضائعه او خدماته وهو الذي يميزه عن المنتجات او البضائع الأخرى"[4].

وما يؤخذ على هذا التعريف انه لم يوضح المقصود بالسمة المميزة هل هي رمز ام انها مظهر خارجي لسلعة ام انها تمثيل خطي لها. واغفل التعريف أيضا للأشكال التي تتخذها العلامة كالكلمات أو الحروف او الأرقام او الألوان.

وعلى ضوء ما تقدم يتضح لنا من خلال التعريفات السابقة سواء التشريعية او الاتفاقية او الفقهية ان العلامة التجارية وسيلة مهمة لتمييز المنتجات والخدمات التي تقدمها الاشخاص والشركات عن المنتجات

([1])حسين يوسف غنام، حماية العلامة التجارية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون والشريعة، جامعة الامارات العربية، العين، العدد 9، لسنة 1995، ص 49.

([2])د. سميحة القليوبي، القانون التجاري – نظرية الاعمال التجارية والتاجر الملكية التجارية والصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص301.

([3])حسين يوسف غنام، المرجع السابق، ص66.

([4])د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، عمان، دار الفرقان، 1983، ص 233.

والخدمات التي يقدمها الغير. ونرى ان العلامة التجارية هي : " كل رمز قابل للتمثيل الخطي وغير مخالف للنظام العام والآداب أيا كان تمثيل الرمز سواء كان ممثلا في كلمات او أسماء او أحرف او ارقام او صور او ألوان او نقوش ومتى تم تسجيل هذه العلامة فإنها تستفيد من الحماية المقررة لها ويستفيد صاحبها من احتكار استغلالها بأي وجه مشروع من أوجه الاستغلال".

المطلب الثاني : انواع العلامات التجارية :

تتنوع العلامة التجارية بتنوع النشاط الذي يمارسه الاشخاص، تجارياً أو صناعياً أو خدمياُ وتتعدد حسب طبيعة الاستعمال فرديه كانت أم جماعية ووطنية ومشهورة والعلامات التجارية وعلامات الصنع وعلامات الخدمة وهذه الانواع سوف نتناولها على النحو الاتي :

أولاً : العلامة الفردية والعلامة الجماعية :

تعرف العلامة الفردية بأنها:" العلامة التي تعود ملكيتها لفرد أو أسرة أو جمعية أو شركة بغض النظر عن نوع النشاط المستعمل فيه خدمياً كان أو صناعياً أو تجارياً"[1].

اما العلامة الجماعية: هي علامات تعود ملكيتها لأكثر من جهة مثل المؤسسات والاتحادات والنقابات والتي يستعملها أي شخص معنوي لتصديق مصدر بضائع ليس من صنعه او المواد المصنوعة منها او جودتها او طريقة انتاجها او الدقة المتبعة في صنعها وغير ذلك من مميزات وخصائص لتلك البضائع[2]. يتضح من التعاريف أعلاه ان العلامة التجارية قد تعود ملكيتها لافراد أو جماعات وقد تكون ملكيتها شخصية.

ثانياً : العلامة الوطنية والعلامة المشهورة :

تعرف العلامة الوطنية بأنها تلك العلامة التي يكون تسجيلها في بلد ما وتصبح معروفه فيه سواء كانت خدمية أو صناعية او تجارية وسواء كانت مملوكه لجماعة او لشخص معين.

وتعرف العلامة التجارية المشهورة بأنها تلك العلامة التي تتمتعبشهرة عالية والتي تجاوزت شهرتها البلد الأصلي لها الذي تم تسجيلها فيه واكتسبت الشهرة في القطاع المعني من الجمهور.

([1])محمود احمد عبد الحميد مبارك، العلامة التجارية وطرق حمايتها وفق القوانين النافذة في فلسطين، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ،2006، ص 33 وما بعدها.

([2])أكثم امين الخولي، قانون التجارة اللبناني، ج1، ط2، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967، ص 440.

ثالثاً : العلامات التجارية وعلامات الصنع وعلامات الخدمة :

تعرف العلامة التجارية بانها تلك العلامة التي يستغلها التجار بهدف تمييز بضائعهم ومنتجاتهم عن البضائع والمنتجات المماثلة، بغض النظر عن هذه البضائع، اذ يقوم التجار بشراء هذه البضائع ثم وضع علاماتهم التجارية لإعادة بيعها[1].

اما علامة الصنع فهي العلامة التي يضعها صانع البضائع والسلع ليميز منتجاته عن المنتجات المماثلة لها، فتستعملها الشركات لتميز منتجاتها عن منتجات الشركات الأخرى المنافسة لها، فهي سمه المنتج الذي ينتج السلعة مثال ذلك علامة شركة TOYOTAاليابانية لتمييز نوع معين من السيارات اليابانية.

اما علامة الخدمة فهي العلامة التي تخصص لتمييز خدمة معينة مقدمة للجمهور والمستهلكين كخدمة الطيران وخدمة النقل والبريد لتمييز خدماتهم عن غيرها من الخدمات الاخرى التي يقدمها منافسيهم

المبحث الثاني : الحماية الجنائية للعلامة التجارية :

ان التطور الاقتصادي الذي يشهده العالم ولاهمية العلامة التجارية في النشاط التجاري والاقتصادي قد ادى الى ازدياد التعدي عليها مما دى الى دفع الدول في سن قوانين خاصة بالعلامة التجارية وفرض العقوبات على تقليد وتزوير العلامة التجارية ونتناول في مبحثنا الحماية الجنائية ونقسمها الى مطلبين نتناول في المطلب الاول نطاق الحماية القانونية الجنائية للعلامة التجارية وفي المطلب الثاني جرائم العلامات التجارية.

المطلب الأول : نطاق الحماية القانونية الجنائية للعلامة التجارية :

ان الحماية الجنائية تكون مقصورة على العلامات التجارية المسجلة دون غيرها ويجب ان يكون مسجلة لدى الجهات المختصة وفقا للإجراءات القانونية المقررة اما إذا كانت العلامة التجارية غير مسجلة فلا تكون مشمولة بالحماية الجنائية اي لا تكون ضمن نطاق الحماية الجنائية للعلامة التجارية. فأن التسجيل من شروط الاساسية للحماية الجنائية للعلامة التجارية دون ان يتم وصفها مع البضائع وذلك لان الحماية الجنائية مقتصرة على العلامة التجارية فقط.

وفي الحقيقة ان القانون قرر لحماية الحق في العلامة التجارية بغض النظر عن قيمة السلع او الخدمات او البضائع التي تستخدم في تميزها عن غيرها لذلك لا ينفي وقوع الاعتداء على الحق في ملكية العلامة التجارية وعدم حصول مرتكب الفعل المعاقب عليه على كسب او ربح فيعاقب المعتدي سواء ربحا او خسارة وتقوم الحماية التجارية سواء وقع الاعتداء على العلامة التجارية او على جزء منها فقط وان التعدي على

([1])مصطفى موسى العطيات، التجارة الالكترونية واثارها على استخدامات العلامة التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 190.

العلامة التجارية المسجلة يعطي صاحب الشأن الحق في رفع دعوى جزائية يطالب فيها بحقه المدني والجنائي وهي التعويض في الحق المدني ومعاقبه المعتدي عليه جزائيا[1] وهذا لا يمنع من ان ترفع كل دعوى بصورة مستقلة[2] ويختلف الدعوى المدنية عن الجزائية بان الدعوى الجزائية لا يرفعها الا من صاحب العلامة التجارية او ممن الت اليه ملكية تلك العلامة بالإضافة الى الادعاء العام هو صاحب الاختصاص الاصيل، اما الدعوى المدنية فيجوز رفعها من قبل الشخص المتضرر ويشرط في الدعوى الجزائية ان يكون العلامة التجارية مسجلة ولا يشترط ذلك في الدعوى المدنية واخيرا فان الدعوى الجزائية يعاقب بالحبس مدة محددة او غرامة بمبلغ معين بينما في الدعوى المدنية تمثل في الحكم على من وقع فيه المعتدي بتعويض المتضرر وتقدره محكمة الموضوع وتناولت في هذا المطلب فرعين الفرع الاول الحماية القاصرة على العلامات المسجلة والفرع الثاني الحماية مقيدة من حيث المكان والزمان.

الفرع الاول : الحماية قاصرة على العلامات المسجلة :

ان حماية العلامات التجارية نصت عليها في القسم الخامس من اتفاقية تريبس في المادة (61) على ضرورة وضع اجراءات جنائية وفرض جزاءات في حالات التقليد والتزوير وللعلامات التجارية المسجلة وتتضمن الجزاءات التي يمكن فرضها هي الحبس اوالغرامة المالية او كلتيهما، ان الاعتداء على العلامات التجارية لها صور عديدة حددها المشرع العراقي ونصت عليها في المادة (35) من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية المعدل لسنة 1957 على جزءات المقررة في جريمتي التزوير وتقليد العلامة التجارية المسجلة. وان فكرة وضع قانون لحماية المؤشرات الجغرافية في اقليم كوردستان في الواقع ماهي الا لتوسيع مفهوم حماية حقوق الملكية الفكرية في الاقليم وان هذه الحماية لاتكون مقتصرة على حقوق الملكية الفنية والادبية كحق المؤلف والصناعية كحق براءات الاختراع والنماذج الصناعية والعلامة الفارقة للتمييز بين السلع والبضائع باسماء هذه المناطق او بخاصية الجغرافية.

ان اتفاقية تربس والقوانين ذات العلاقة بالعلامة التجارية يبين على عدم كفاية الحماية المدنية وحدها كرادع لزجر كل من يعتدي على علامة تجارية مملوكة للغير وبذلك قررت ايضا الحماية الجزائية التي قررها المشرع العراقي من خلال العقوبات تصل الى الحبس او الغرامة او لا العقوبتين. وان التعدي على العلامة التجارية المسجلة امر خطير لابد تلافيه والمبدأ الاساسي التي اتفق عليها اتفاقية ترسين والقوانين المقارنة ان هذه الحماية كما بيننا سابقة لاتقرر الا للعلامة التجارية المسجلة اذ ان لصاحب الحق في العلامة التجارية

([1])محمد حسين عباس، مرجع سابق، ص368.

([2])د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 299

المسجلة ان يرفع دعوى جزائية فضلا عن الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض. ويعد الجزاءات التي يفرضها القانون وسيلة رادعة وزاجرة لكل معتدي على هذه الواقع مقيدة من حيث المكان والزمان فالقيد الزماني يقرر للعلامة التجارية المسجلة خلال فترة زمنية اي فترة سريان مدة التسجيل ام من تسجيلها او بعد انتهاؤه مدة التسجيل دون ان يعمد صاحبها بتجديد ففي هذه الحالة لن يقرر له الحماية الجزائية[1]. اما من حيث المكان فيمثل ضمن حدود الدولة التي سجلت العلامة فيها مع مراعاة احكام وقواعد كل اتفاقية او معاهدة قررت الحماية الدولية للعلامة التجارية اذ ان الدولة تكون ملزمة وفق هذه الاتفاقيات او المعاهدات وهذا مانصت عليه.

الفرع الثاني : الحماية مقيدة من حيث المكان والزمان :

ان الحماية الجنائية التي تتوفر للعلامةالتجارية يجب ان يكون محدد من حيث الزمان والمكان اي يجب ان تكون العلامة التجارية جديدة وغير متداولة في شكلها العام بحيث لم يستعمل من قبل او لم يتم تسجيلها على نفس البضائع والمنتجات او الخدمات من شخص اخر ولكن لايشترط ان يكون المادة المكونة للعلامة التجارية جديدة الى مالا نهاية وانما يمكن ان تكون هذه الاشياء لها شكل وطريقة مميزة وجديدة لم يستعملها او لم يتم تسجيلها من قبل الغير وشترط ان يكون العلامة التجارية لكي تسجل لايعني ان تكون جديدة بصفة مطلقة نهائية وانما ان يتحدد نطاقها من حيث المكان والزمان.

وان الحماية المنصوص عليها محصورة داخل الاقليم الذي سجلت فيه وعلى نفس وصف البضائع او المنتجات فقط دون سائر الاصناف الاخرى ويستثني من ذلك العلامة المشهورة الذي تتمتع بالحماية والضمانات القانونية وان لم تكن العلامة المشهورة مسجلة في الدولة وليس على كافة اقاليم الدولة وعليه فان الحماية مقصورة فقط في الاقاليم المنصوص عليها في شهادة التسجيل .ويحق للشخص ان يستعمل ويسجل تلك العلامة في الاقليم الغير المشمولة في شهادة التسجيل دون ان يؤثر ذلك التسجيل الجزئي من الناحية الواقعية لان من مصلحة الشخص ان يسجل علامته في كافة اقاليم الدولة حيث يحقق مكاسب اكثر.

المطلب الثاني : جرائم العلامات التجارية :

ان الاتفاقيات الدولية والمعاهدات والتشريعات المقارنة نصت على صور الجرائم والجزاءات المقررة للعلامات التجارية المسجلة وذلك لانتشار جرائم العلامة التجارية في الآونة الاخيرة مما دفع اصحاب تلك العلامات للجوء للقضاء للحسم فيها والالقاء القبض على الكثيرين ممن يقومن بهذه الجرائم وسوف اتناول

([1])قحطان القبيسي، الحماية القانونية لحق المخترع، بغداد، مطبعة الجاحظ، 1988، ص78.

في هذا الفرعين في الفرع الاول جريمة تزوير وتقليد العلامة التجارية والفرع الثاني جريمة استعمال العلامة التجارية.

الفرع الأول : جريمة تزوير وتقليد العلامة التجارية :

ان جريمة تزوير وتقليد العلامة التجارية من الجرائم التي نصت عليها في القانون العقوبات العراقي وقانون العلامات التجارية ولكنه لم يرد تعريف لها في قوانين العلامات التجارية وان المشرع العراقي عرف جريمة التزوير في المادة (386) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 بأنه:" تغير الحقيقة بقصد الغش في بند او وثيقة او اي محرر اخر بأحدى الطرق المادية او المعنوية ...." وكذلك عرف جريمة التقليد من قانون العقوبات العراقي المذكور اعلاه بانه:" النسخ التام لعلامة تجارية يؤدي الى صنع علامة صورة مطابقة للأصل من العلامة التجارية الاصلية"[1]. وان جريمة تقليد وتزوير العلامة التجارية تتكون من ركنين المادي والركن المعنوي فالركن المادي فيتمثل بفعل التزوير والتقليد اي تغير حقيقة وكذلك نقل الاجزاء الرئيسية اي هو صنع شيء كاذب يخدع به جمهور المطلع عليه ،والركن الثاني الركن المعنوي المتمثل بالنية في تزوير وتقليد العلامة التجارية اي النية الاجرامية اي المتمثل بالقصد الجنائي فانه يتحقق بتوفر سوء نية الفاعل والذي قام بتزوير العلامة التجارية او تقليدها بغية خداع الناس وتضليلهم ليعتقدوا بان هذه العلامة الاصلية وسوء النية مفترض في جريمتي التزوير والتقليد باعتبار ان كلا الفعلين يعدان جريمة بحد ذاتها. اي النتيجة الذي يريد ان يحققها وهي تزوير وتقليد فبذلك تتحقق الجريمة.

عليه يمكن القول بان فعل التزوير في العلامة التجارية يكون في الحالات الاتية :

1- ان يتم التزوير بشكل متقن بحيث تؤدي العلامة المزورة الى خداع الغير وتضليله
2- القيام بفعل التزوير دون موافقة وعلم صاحب العلامة التجارية.
3- ان جريمة تقليد وتزوير العلامة التجارية من المواضيع المهمة وان لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية للتدخل بها.

نلاحظ ان خطورة هذه الجريمة هي نابع من سهولة الخداع المستهلك بالعلامة التجارية الحقيقة التي اعتمدها المستهلك لتمييز السلع ذات الجودة عن تميزها من السلع.

الفرع الثاني : جريمة استخدام علامة تجارية مسجلة :

تعتبر العلامة التجارية ايا كان شكلها او نوعها والتي لم يتم تسجيلها لصالح شخص طبيعي او معنوي مملوكة له محل اعتبار انها تندرج تحت لواء حقوق الملكية الفكرية، وان الاتفاقيات الدولية والمعاهدات المتعلقة بالعلامة التجارية. وان الاتفاقيات الدولية والمعاهدات المتعلقة بالعلامة التجارية انتشرت في الوقت الحاضر

([1]) المادة (386) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

وذلك لان ظاهرة الاعتداء على العلامات التجارية وخاصة المشهورة منها (الماركات العالمية) بتزيفها وتقليدها مما يؤدي الى احداث ليس لدى جمهور المستهلكين بل يشكل هذه الظاهرة مخاطر سلبية ليس على مالك العلامة التجارية فحسب وانما على جمهور المستهلكين وعلى الاقتصاد الوطني ولذلك تلجأ الدول في كل العالم اجمع وكافة الاتفاقيات الدولية من ثم اقرارها في الحومات العالم وان التشريعات التي تم وضعها واقرارها لحماية جمهور المستهلكين من الخداع والنصب وايضا لحماية اقتصاديات العالم ووجود منافسة مشروعة من الشركات التجارية وحماية رأس المال العالمي.

ونلاحظ ان المشرع العراقي وقع منه ارباك هو اجازته للمحكمة المختصة بإصدار القرارات ضمن الاجراءات التحفظية ولو دون تبلغ من صدرت ضده رغم مساس هذه القرارات بالحقوق الموضوعية وكونها تعد من الاحكام الفاصلة في أصل النزاع وكان من الافضل ان يترك تقديرها للمحكمة لما تتخذه من أحكام فاصلة في الدعوى.

ان المشرع العراقي عالج النقص متأخراًربكت هذا التشريع وجعلته يناقض بعضه البعض واوردت فيه احكاما دولية لم تكن مقرة في العراق فيما يتعلق بأحكام الواردة في اتفاقية التربسين ويعود السبب في ذلك ان هذه المعالجة جاء من سلطة الائتلاف المؤقتة وهي جهة بعيدة كل البعد عن الواقع القانوني والاجتماعي والاقتصادي الامر الذي يستلزم ان يتدخل تشريعا نابعا عن ارادة ووحدة ليعيد التوازن الى احكام هذا القانون بالشكل الذي يرفع اي لبس او غموض او تناقض ويحقق الغاية.

الخاتمة :

في ختام دراستنا لهذا الموضوع تمكنا من استخلاص بعض من النتائج المهمة والمقترحات المفيدة وعلى النحو الآتي :

أولا- النتائج :

1- تتنوع العلامة التجارية بتنوع النشاط الذي تم ممارسته من قبل الاشخاص، تجارياً او صناعياً او خدميا وتتعدد حسب طبيعة الاستعمال فرديه كانت أم جماعية ووطنية ومشهورة والعلامات التجارية وعلامات الصنع وعلامات الخدمة.
2- تعد العلامة دليل مهم وحيوي للمستهلك تمكنه من التعرف على مصدر المنتجات والخدمات وتمييزها وبالتالي تسهيل عليه عملية التسويق، الا ان تلك العلامة التجارية معرضة لخطر التقليد والتزوير مما جعل الدول تسعى جاهدة الى تبني حماية يكفل لها عدم التعرض على العلامات التجارية وذلك بإصدار نصوص قانونية وابرام معاهدات دولية للنص على العقوبات المقررة على مختلف الجنح الناتجة عن

تقليد العلامات التجارية ومع هذا وتبقى ظاهرة التقليد ظاهرة تؤثر بشكل سلبياً على المنتجات الوطنية مما يستوجب المزيد من التشديد على الأسواق والمنتجات.

3- ان الحماية الجنائية التي تتوفر للعلامة التجارية يجب ان يكون محدد من حيث الزمان والمكان اي يجب ان يكن العلامة التجارية حديثة وجديدة في شكلها العام اي لم تستعمل من قبل ولكن لا يجب ان تكون المادة المكونة للعلامة التجارية حديثة وجديدة الى مالا نهاية وانما يمكن ان تكون هذه الاشياء لها شكل وطريقة جديدة ومميزة لم يستخدمها او لم يتم تسجيلها من قبل الغير.

ثانياً – المقترحات :

1- نقترح على المشرع العراقي تنظيم مسألة التدخل والشروع والتحريض على ارتكاب جريمة تزوير العلامة التجارية فيجب التنويه والانتباه بهذه الجزئية وسد النقص التشريعي فيها.

2- لم يحدد المشرع العراقي معايير تقدير مدى وجود تشابه بين العلامة المقلدة و العلامة الاصلية، ونأمل من المشرع العراقي أن يحدد المعايير التي يمكن أن تستند عليها لتحديد العلامة التجارية الأصليةمع ملاحظة ان هذه المسالة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع المختص الذي لا رقابة لمحكمة التمييز عليه في هذا المجال .

3- على المشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969 ان يعدل نص المادة 467 المتعلق بغش المتعاقد، كما ويجب ان يعالج الضعف التشريعي عن طريق رفع مستويات العقوبات وجعلها جناية ضمانا للردع والمحافظة على المصلحة المحمية وكذلك ايضا رفع حد الغرامات المالية بما يتناسب مع المخاطر الناجمة عنها .

4- نقترح على مشرعنا العراقي اعادة النظر بقوانين الملكية الفكرية بما ينسجم مع الاتفاقيات الدولية تمهيدا لانضمام العراق لمنظمة التجارة العالمية. وبقدر تعلق الامر بقانون العلامات التجارية نقترح تعديل هذا القانون ومعالجة أحكام العلامة التجارية المشهورة بنصوص صريحة وواضحة والاستفادة من الاحكام الواردة في هذا المجال في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة.

5- يجب ضرورة الاهتمام بتدريس مادة حقوق الملكية الصناعيةوالفكرية بصفة عامة والعلامة التجارية بصورة خاصة في جامعات العراق وفتح المجال لإعداد الدراسات والبحوث العلمية المتعلقة بالعلامات التجارية.

❖ المراجع :

أولاً : الكتب القانونية :

- أكثم امين الخولي، قانون التجارة اللبناني، ج1، ط2، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967.
- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري – نظرية الاعمال التجارية والتاجر الملكية التجارية والصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية (براءات الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، العلامات التجارية والصناعية، الاسم والعنوان التجاري) القاهرة، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.
- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط1، عمان، دار الفرقان للنشر والتوزيع،1983.
- د. صلاح زين الدين، العلامة التجارية وطنيا ودوليا، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- عامر الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها ومفرداتها وطرق حمايتها، عمان، دار الجيب للنشر، 1998.
- قحطان القبيسي، الحماية القانونية لحق المخترع، بغداد، مطبعة الجاحظ، 1988.
- محمود احمد عبد الحميد مبارك، العلامة التجارية وطرق حمايتها وفق القوانين النافذة في فلسطين، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ،2006.

ثانياً : البحوث والدراسات :

- حسين يوسف غنام، حماية العلامة التجارية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون والشريعة، جامعة الامارات العربية، العين، العدد 9، لسنة 1995.

ثالثاً : القوانين العراقية والعربية

- قانون العلامات التجارية الأردني رقم (29) لسنة 2007 المعدل.
- قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي رقم 21 لسنة 1957 المعدل.
- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002.

رابعاً: الاتفاقيات الدولية :

- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 1883/3/23 المعدلة.
- الاتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية المؤرخة في 1967/7/14.

إشكالية التكييف والإحالة في التشريع الموريتاني - دراسة مقارنة

The problem of adaptation and referral in Mauritanianlegislation - A comparative study

الدكتور باب ولد عبد الله : دكتور في القانون الخاص

وأستاذ متعاون في جامعة العلوم الإسلامية - موريتانيا

Dr : Baba Ould Abdellahi : Doctor in Special Law and

Associate Professor at the University of Islamic Sciences . Mauritania

ملخص :

تطرقنا في دراستنا لإشكالية التكييف والإحالة في التشريع الموريتاني لعدة محاور تناولناها من خلال مطلبين.

بحيث تناولنا في المطلب الأول إشكالية التكييف وما ترتب على ذلك من دراسة لمفهوم التكييف< الفقرة الأولى > والمرجع القانوني لهذه العملية< الفقرة الثانية >.

ففي مفهوم التكييف تطرقنا إلى تعريفه بحيث رأينا أن التكييف هو: تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القضاء لتباين طبيعتها وخصائصها، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون معين عليها، كما تطرقنا إلى نشأة التكييف ورأينا أن مشكلة التكييف ظهرت على يد الفقيه الأماني < كاهن > سنة 1897، غير أن التكييف كنظرية تمت

بلورته من طرف الفقيه الفرنسي < بارتين>، وذلك بمناسبة تحليله لبعض أحكام القضاء الفرنسي، خاصة تلك الأحكام المتعلقة بميراث المالطي ووصية الهولندي.

أما في الفقرة الثانية من هذا المطلب فقد تناولنا فيها القانون المرجع في التكييف، وذكرنا أن الفقهاء تتباين مواقفهم حول القانون الذي يتم به التكييف هل هو قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أم القانون الأجنبي أو القانون المقارن، وقد ذكرنا أن المشرع الموريتاني أخذ بنظرية قانون القاضي.

وقد تناولنا في المطلب الثاني من هذه الدراسة إشكالية الإحالة من حيث التعريف وتاريخ النشأة< الفقرة الأولى > و تناولنا الفقرة الثانية من حيث أساسها وتحديد أنواعها.

- **الكلمات المفتاحية** : إشكالية التكييف في القانون الموريتاني، المفهوم والنشأة ، والقانون المرجع ـ إشكالية الإحالة في القانون الموريتاني، أساسها وأنواعها.

Summary :

In our study, we addressed the problem of adaptation and referral in the Mauritanian legislation for several axes that we addressed through two demands.

So that we dealt with in the first requirement the problem of conditioning and the consequent study of the concept of conditioning <first paragraph> and the legal reference for this process <second paragraph>.

In the concept of conditioning, we touched on its definition so that we saw that conditioning is: analyzing the legal issue before the judiciary for its varying nature and characteristics, and giving it the appropriate legal description for its inclusion in a range of legal denominations that the legislator singled out with a rule of attribution in preparation for the application of a particular law to it, as we touched on the emergence of conditioning and we saw that The problem of conditioning appeared at the hands of the German jurist <a priest> in the year 1897, but conditioning as a theory was elaborated by the French jurist <Bartin>,On the occasion of his analysis of some provisions of the French judiciary, especially those related to the inheritance of the Maltese and the will of the Dutchman.

As for the second paragraph of this requirement, we dealt with the reference law in the adaptation, and we mentioned that the jurists differ in their positions on the law in which the adaptation is done, is it the law of the judge before whom the dispute is brought, or the foreign law or the comparative law, and we mentioned that the Mauritanian legislator took the theory of the judge's law.

In the second requirement of this study, we dealt with the problem of referral in terms of definition and history of origin <first paragraph> and we discussed the second paragraph in terms of its basis and identification of its types.

- **Keywords :** The problem of adaptation in Mauritanianlaw, concept, origin, and referencelaw - the problem of referral in Mauritanianlaw, its basis and types.

مقدمة :

إن قواعد الإسناد وكذلك تطبيق القواعد التشريعية يتطلب ابتداء التعرف على طبيعة العلاقة القانونية لتحديد قاعدة الإسناد التي بمقتضاها يستطيع القاضي أن يعين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ليحكمها موضوعيا[1].

فوظيفة قاعدة الإسناد[2] تقتصر على تقرير مبدأ إخضاع كل مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون يتم تعيينه بمقتضى ضابط أطلق عليه ضابط الإسناد، وقد صيغت قواعد الإسناد بالشكل الآتي: فالأهلية مثلا يعطى فيها الاختصاص إلى قانون الجنسية وشكل التصرف يخضع لقانون محل إبرامه والعقود إلى محل إبرامها ....الخ.

نفهم من صيغ قواعد الإسناد بالشكل سالف الذكر أن كل قاعدة من قواعد الإسناد يوكل لها صنف معين من العلاقات القانونية يتعين بظرف إسناد لذا فإن الأخذ بقاعدة الإسناد هذه أو تلك يتطلب تحري حقيقة المسألة المعروضة أي معرفة طبيعتها أو لأي صنف تنتمي حتى يتسنى إدراجها ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد وتحديد المجموعة أو الصنف الذي تنتمي إليه العلاقة موضوع النزاع وهذا يثير ما يعرف بالتكييف، والقاضي لا بد و أن يبدأ في تحديد مفهوم العلاقة موضوع النزاع أي تكييفها، والتكييف لا شك سيخلق نوعا

[1]. حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة . كلية الحقوق . جامعة مؤته . 1997 . ص 50.

[2]. حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين . مرجع سابق . ص 50 ـ 51.

جديدا من التنازع لاختلاف المفاهيم القانونية للدولة التي تعنيها العلاقة، وحل هذا النوع الجديد من التنازع يكون بأخذ مفهوم أحذ القوانين.

و إذا ما انتهت عملية التكييف وكشف عن المجموعة التي تنتمي إليها العلاقة القانونية وتم بمساعدة قاعدة الإسناد تعيين القانون الواجب التطبيق فالأمر لا ينتهي عند هذا، إذ من المحتمل أن تثور مشكلة أخرى تتعلق بتحديد نطاق القانون المختص وهذا يسمى بالإحالة.

وتتجلي **أهمية** دراسة التكييف والإحالة في ما يمثله من كشف الغموض عن العلاقات القانونية التي يكون طرفها أجنبيا لتحديد القانون الواجب التطبيق.

ورغم الأهمية التي يحظى بها الموضوع، إلا أن الدارس له تعترضه عدة **صعوبات** من أهمها قلة المراجع في هذا الخصوص، وصعوبة تكييف الوقائع التي تعترض القاضي الوطني للعلاقة المشتملة على عنصر أجنبي.

وتثير دراسة التكييف والإحالة **إشكاليات** من قبيل :

ما هو القانون الذي يوكل إليه الاختصاص في التكييف؟، فهل يقتصر تطبيقه على القواعد الموضوعية له، أم أن اختصاصه يمتد إلى قواعد تنازع القوانين أيضا ؟ فلو فرض أن قاعدة الإسناد الوطنية تعطي الاختصاص في المسألة المتنازع فيها إلى قانون موقع المال بينما تخضعها قاعدة الإسناد في قانون موقع المال إلى قانون محل انعقاد العقد فإن هذا يؤدي إلى إثارة تنازع بين قواعد الإسناد لكلا القانونين الأمر الذي يقتضي إنهاء هذا التنازع وتعيين القانون المختص، ولكن كيف يكون ذلك ؟ فهل يعمل قواعد الإسناد للقانون الوطني فقط أم يعمل بقواعد الإسناد للقوانين الأخرى ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه بالتباع **المنهج التحليلي المقارن**، حيث نقارن إشكالية التكييف والإحالة في القانون الموريتاني مع التشريعات الأخرى.

وتبعا لذلك فإننا **سنقسم** هذه الدراسة إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول التكييف على أن نتناول في المطلب الثاني الإحالة.

المطلب الأول : التكييف :

لا يستطيع القاضي أن يقوم بإسناد المسألة المعروضة عليه إلى القانون المختص إلا بمعرفة الفيئة المسندة الفئة المسندة التي تنتمي إليها هذه المسألة، ومن ثم تطبيق قاعدة الإسناد المناسبة، ويتم ذلك عن طريق تكييف المسألة المثارة، هذه العملية التي تعد تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية، وهذا ما يستدعي دراسة مفهومه < الفقرة الأولى >

كما أن القاضي في قيامه بعملية التكييف سوف يعتمد على قانون معين يجعله مرجعا في عملية التكييف < الفقرة الثانية >.

الفقرة الأولى : مفهوم التكييف :

التكييف هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد[1]، وقد كان وراء ظهور التكييف العديد من الوقائع القانونية لتي ساهمت في ظهوره.

لذلك فإن دراستنا لهذه الفقرة ستكون من خلال تعريف التكييف < أولا > ثم نشأته < ثانيا >.

أولا ـ تعريف التكييف :

يعرف التكييف بأنه : تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القضاء لتباين طبيعتها وخصائصها، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيدا لتطبيق قانون معين عليها، فالتكييف عملية أولية سابقة لحديد قواعد الإسناد التي ستحل مشكلة النزاع[2].

فإذا ما أردنا تطبيق هذه القواعد واستخدامها لتحديد القانون المختص في حكم العلاقة القانونية موضوع النزاع، يلزم قبل كل شيء أن نعرف ما إذا كانت العلاقة المختلف بشأنها هي من مسائل الأهلية فنعطي فيها الاختصاص إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص<المادة 6 من ق ا ع م >، أما إذا كانت من أشكال التصرف فنخضعها لقانون البلد الذي تمت فيه < المادة 11 من ق ا ع م >، وأما إذا كان النزاع ينصب على الميراث فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون المتوفى .... الخ.

فتحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردها إلى نظام قانوني معين، مسألة أساسية يجب حلها أولا وقبل كل شيء، وتسمى عملية التكييف هذه بالتكييف.

ثانيا ـ نشأة التكييف :

ظهرت مشكلة التكييف على يد الفقيه الأماني < كاهن > سنة 1897، غير أن التكييف كنظرية تمت بلورته من طرف الفقيه الفرنسي < بارتين>، وذلك بمناسبة تحليله لبعض أحكام القضاء الفرنسي، بحيث استنتج أن القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون ما، كما أنه أخضع التكييف للقانون الفرنسي، ويظهر ذلك في قضيتين أساسيتين[3]، هما: ميراث المالطي< أ>، ووصية الهولندي < ب >.

.1 تعرف قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وضعية ذات طيعة فنية ، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصفي أكثر القوانين ملاءمة لتطبيق تلك القواعد ، حينما تتعدد القوانين ذات الصلة للتطبيق علها . راجع في تعريف قواعد الإسناد . بليغ حمدي . محاضرات في القانون الدولي الخاص . كلية الحقوق . جامعة طنطا . مصر. ص 101 و أعراب بلقاسم . القانون الدولي الخاص الجزائري . الجزء الأول { تنازع القوانين } . دار هوم . الجزائر 2002 . ص 67 و علي عدنان علي . أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحيد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة) . رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص . ص 13

[2] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين }. جامعة أكلي محند اولحاج . البويرة كلية الحقوق ـ ص 9

[3] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين }. مرجع سابق . ص 9

أ ـ قضية ميراث المالطي :

تتلخص وقائع هذه القصة في أن مالطيين تزوجا في مالطا واتخذاها موطنهما الأول، هاجرا إلى الجزائر – مستعمر فرنسية حينها ـــ حيث تملك الزوج عقارات، وعند وفاته ـ دون يوصي بشيء ـ ، فادعت الزوجة أن لها نصيبا من عقارات زوجها الكائنة بالجزائر، طبقا للقانون المالطي الذي يعطى لمن بقي من الزوجين حيا حقا يسمى نصيب الزوج المحتاج[1]، وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان حينها لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال المشتركة وحقها في استرداد أموالها الخاصة، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي.

فالمسألة كانت تتمثل في تحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، وهو " نصيب الزوج المحتاج " ، هل هو حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة زوجها ويعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث، وعلى ذلك يدخل في النظام المالي بين الزوجين، والذي يحكمه القانون المالطي بوصفه قانون موطن الزوجة الأولى، حسب قاعدة الإسناد الفرنسي أم هو حق في الإرث بوصفها زوجة للمورث، فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به، وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث، ومن ثم لم يستجب لطلب الزوجة وذلك بعدم تطبيقه للقانون المالطي.

ب – قضية وصية الهولندي [2] :

تتلخص هذه القضية في أن هولنديا حرر وصية في فرنسا وفقا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخط يده، ثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، على أساس أن القانون الهولندي في المادة 992 من القانون المدني يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا خارج هولندا، وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية، لأن الهدف من اشتراط الرسمية هو حماية إدارة الموصي، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي، غير أن المحاكم الفرنسية قضت بأن النزاع متعلق بشكل الوصية، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون المحل أي القانون الفرنسي، والذي يجيز الوصية المحررة في شكل عرفي .

جدير بالذكر أنه في كلا القضيتين يختلف التكييف من قانون إلى آخر، وأن تحديد القانون الذي يخضع له التكييف يتبين من خلال الجهة القضائية التي رفع إليها النزاع، أي أن التكييف خضع لقانون القاضي، وانطلاقا من ذلك ظهرت نظرية التكييف.

---

[1] . أعراب بلقاسم . القانون الدولي الخاص الجزائري . مرجع سابق . ص 76

2 . أنظر في ذلك كله: عليوش كمال قربوع كمال . ج 1 . دار هوم للنشر والتوزيع . الجزائر. 2007 . ص و علي الحجامي . محاضرات في القانون الدولي . 5 آب 2016 . ص 83 96

الفقرة الثانية : القانون المرجع في التكييف :

يتضح مما سبق أن للتكييف أثرا مهما في تعيين القانون الواجب التطبيق، لأنه الوسيلة الأساسية في اختيار قاعدة الإسناد وكل اختلاف فيه يجر إلى اختيار قاعدة إسناد دون أخرى ومن ثم تطبيق أحكام قانون دون الآخر، وتظهر لنا أهمية التكييف هذه بسبب اختلاف مفاهيمه من بلد لآخر، إذ ليس هناك أساس موحد في جميع الدول لوصف طبيعة علاقات قانونية معينة، والاختلاف في هذه العلاقات القانونية يجر إلى اختلاف في احتيار قاعدة لإسناد ومن ثم إلى اختلاف في الحلول الواجب إتباعها[1].

فالتكييف أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين لأن تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانون معين.

غير أن اختيار القانون الذي يجب أن يتم به التكييف يطرح عدة تساؤلات من قبيل، هل هو قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع < أولا > أم بمقتضى القانون الذي يحكم العلاقة القانونية، أم بمقتضى قانون آخر < ثانيا > وهو ما جعل الفقهاء تتباين مواقفهم حول القانون الذي يتم به التكييف.

أولا – نظريه قانون القاضي :

بمقتضى هذه النظرية يعطى التكييف لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع، وقد أخد بهذه النظرية الفقيهين كاهن و بارتين وغيرهما، وقد اتبع بصورة عامة منذ زمن طويل في كثير من الدول وطبقته محاكم كثيرة بصورة تلقائية قبل ظهور نظرية التكييف، وقد أقرت هذا النظام بعض المؤتمرات والمعاهدات الدولية < كاتفاقية لاهاي سنة 1925>[2]، وأخذ به في تشريعات حديثة منها تشريعنا الموريتاني، حيث تنص المادة 6 من ق ا ع على أن << القانون الموريتاني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها >>.

ويبرر مثل هذا الموفق بثلاث حجج رئيسية وهي : أولهما تقوم فكرة السيادة ، فعند الفقيه كاهن تنازع القوانين ما هو في الحقيقة سوى تنازع للسيادات وسماح المشرع الوطني بتطبيق قواعد أجنبية ما يعني في الحقيقة تنازله عن جزء من سيادته وبالتالي فيجب الرجوع إلى القانون الوطني لتبيان قدر هذا التنازع وحدوده، أما الحجة الثانية فقوامها أن التكييف ما هو في الحقيقة سوى تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية، وعليه يكون من المنطق أن يتم هذا التفسير و بالتالي التكييف وفق القانون الوطني للقاضي، وتبقى الحجة الثالثة التي تقضي بأن التكييف يكون في مرحلة سابقة للإسناد أي قبل إيجاد القانون الواجب التطبيق، وهذا يعني أنه في مرحلة التكييف لا نكون سوى أمام هو قانون القاضي والذي ينبغي أن يكون هو المرجع في إجراء عملية التكييف،

[1] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 54

[2] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 57

هذا ويلاحظ أنه وإن كان كاهن قد أخضع التكييف لقانون القاضي فإنه بالمقابل وضع استثناءين لنظريته: الأول يتعلق بالتفرقة بين التكييف الأولي والسابق والتكييف الثانوي أو اللاحق، والاستثناء الثاني يخص وصف المال[1].

بالإضافة إلى ذلك فقد قدمت حجج كثيرة في تبرير هذه النظرية ــ نظرية قانون القاضي ــ فقيل أن القواعد التي يطبقها القاضي لحل التنازع هي من نظامه الوطني و أن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون إلا بأمر نص عليه المشرع الوطني، وبهذا تكون قواعد الإسناد الأجنبي التي أعطي لها الاختصاص كأنها نصوص أقرها المشرع الوطني وحدد نطاق تطبيقها بدلا من القانون الوطني، فالقول بأن الأهلية تحكم بقانون الجنسية يفيد بأن المشرع الوطني أعطى الاختصاص للقانون الأجنبي بشأن العلاقة التي يعتبرها هو من الأهلية ومفهوم طبيعة العلاقة القانونية وكونها من الأهلية أو لا، يكون وفق تصور المشرع لا غيره، إذ أنه لا يريد عادة من المصطلحات التي يستعملها في قواعد الإسناد إلا المدلولات التي تتفق ووجهة نظره هو لا كما تعني وفق وجهة نظر غيره من المشرعين[2].

ومع وجاهة الحجج التي تدعم فكرة إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي، فإن هذه النظرية تصطدم بعدة انتقادات، فهي من الناحية العلمية تؤدي إلى عدم التيقن والتأكد من القانون الواجب التطبيق لعدم علم أطراف العلاقة المسبق بالقاعدة الواجبة الإتباع وما يترتب على ذلك من إخلال بالاستقرار المتطلب للمعاملات، وبشكل واضح فقد قيل بصدد التيقن والتأكد من القانون الذي يحكم العلاقة القانونية أن إعطاء الاختصاص في التكييف لقانون القاضي يؤدي إلى عدم التعرف على وجه التأكيد على القانون الذي يحكم العلاقة القانونية منذ نشؤها حتى انتهائها ما دام لم يثر بشأن العلاقة القانونية أي نزاع أمام المحاكم، ومن ثم فإن القانون الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لا يعرف إلا بعد إقامة الدعوى، وإقامة الدعوى ما هو إلا إجراء لاحق وغير لازم، ولا يقع إلا في أحوال استثنائية ونادرة جدا، والعلاقة التي لا ينهض فيها أي نزاع أكثر بكثير من غيرها في حين يشترط لاستقرار المعاملات التعرف القانون الذي يحكمها منذ ظهورها حتى انتهائها، فنشوؤها واستمرارها يتطلبان استنفاذ شروط شكلية وأخرى موضوعية بمقتضى القانون المختص .

بالرغم مما واجهته هذه النظرية من انتقاد، فإنها لا تزال الراجحة، فقد أقرها الفقه والقضاء وأخذت بها أغلب التشريعات ومن ضمنها ــ كما أسلف القول ــ تشريعنا الوطني، فبالرجوع لنص المادة 6 من ق ا ع م ـ المذكورة أعلاه ـ يتضح أن المشرع الموريتاني قد أخذ بنظرية قانون القاضي، أي أنه قد أخذ بالنظرية التي تعطي الاختصاص في التكييف إلى قانون القاضي ومن ثم أولى الاختصاص في التكييف للقانون الموريتاني، وبالتالي

1. بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . كلية الحقوق والعلوم السياسية { تلمسان } . محاضرات للسنة الثالثة قانون الخاص 2014، 2015. ص 13، 14.

[2] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 58

فإن القاضي الموريتاني الذي يعرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، ليس عليه إلا أن يرجع إلى القانون الموريتاني ليتعرف على صنف العلاقة او المركز القانوني ليضمها إلى فكرة معينة.

ثانيا : إخضاع التكييف للقانون آخر :

تباينت آراء الفقهاء بين من يريد إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص < أ > ومن يريد إخضاعه للقانون المقارن < ب >.

ب ـ إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص :

يرى بعض الفقهاء أن التكييف يجب أن على ضوء القانون الأجنبي الذي قد يحكم النزاع، ويبرر مثل هذا الموقف بالقول أنه عندما تعطي الإسناد الاختصاص لقانون أجنبي فإنه يجب تطبيق هذا القانون بشكل كامل، بحيث يشمل ذلك حتى التكييف أو الوصف القانوني الذي يعطيه للعلاقة محل النزاع، غير أن هذه النظرية قوبلت بمعارضة شديدة إذ قيل عنها أنها تؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة، فالتكييف يسبق عملية الإسناد وإيجاد القانون الواجب التطبيق، في حين أن هذه النظرية تفترض أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، وهذا غير صحيح فهذا القانون في الحقيقة هو محتمل التطبيق، إذ تطبيقه يتوقف في الأصل على التكييف الذي يعطيه القاضي للنزاع، وبالتالي كيف يمكن القول بإخضاع هذا التكييف لقانون أجنبي وهو قانون لم يتحدد بعد اختصاصه[1].

ج – نظرية القانون المقارن :

هذه النظرية أخذ بها جانب من الفقه من أهمهم الفقيه رابل، وتذهب هذه النظرية إلى إخضاع اختلاف الأوصاف في التكييف للأفكار العالمية في القانون المقارن، أي للأفكار المجردة السائدة في قوانين دول العالم معتمدين على أساس أن تنازع القوانين يتصف بالدولية مما يجب إضفاء صفة عالمية عليه باستخلاص مفهومه المطلق عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين وفقه وقضاء الدول، بالشكل الذي يتفق وحاجة المعاملات الدولية، للوصول إلى الحكم السليم العدل دون التقييد بقانون دولة معينة بالذات، فإذا كان قانون قاض الموضوع لا يعرف نظام تعدد الزوجات مثلا، يجب أن لا يتردد في موضوع نزاع معروض عليه من هذا القبيل باعتباره نوعا من أنواع الزواج في المفهوم العالمي الثابت في قوانين بعض الدول[2].

وميزت هذه النظرية أنها تؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية و تجعل لقواعد الإسناد معنا عالميا بالإضافة إلى أنها تذلل الصعوبات التي تواجه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في

[1] . بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 14 ، 15.

[2] . غالب علي الداودي . حسين محمد الهداوي . القانون الدولي الخاص . الجزء الأول . الأردن . ص 71 .

التشريع الداخلي[1]، ومع ذلك فقد تم انتقاد هذه النظرية: فهي من جهة صعبة التطبيق من الناجية العلمية، إذ يستحيل على القاضي أن يلم بجميع القوانين الموجودة في العالم حتى يقوم بالمقارنة بينها، ومن جهة أخرى فإنه حتى ولو سلمنا بإمكانية قيام القاضي بالمقارنة بين الأنظمة القانونية لاستخلاص القانون الأنسب، فإن هذا القاضي وبحكم تكوينه سينتهي في النهاية إلى إخضاع التكييف لقانونه الوطني بحجة أنه الأنسب[2].

ولأن النظريات السابقة تعرضت لعدة انتقادات ـ وإن تفاوتت حدتها ـ ، فقد ظهرت نظرية حديثة يتزعمها كل من <لاكارد و باتيفول>، وتتجه هذه النظرية إلى إخضاع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص و المفترض التطبيق، في الظروف التي يجهل فيها القاصي نطاقا قانونيا معينا يتمسك به الخصم أمامه، كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها[3].

المطلب الثاني : الإحالة :

بعد تحديد طبيعة المسألة موضوع النزاع وإعطائها الوصف القانوني وتحديد القانون الواجب التطبيق ـ وكان الاختصاص لقانون أجنبي ـ قد تظهر صعوبة في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون، إذ من المعلوم أن قانون أي دولة يشتمل على طائفتين من قواعد، قواعد إسناد وقواعد موضوعية[4].

ولا تثور صعوبة فيما لو اتحدت قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد لقانون القاضي، لكن الصعوبة تكون في حالة اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى، ويكون الاختلاف بأن تعطي قاعدة الإسناد للقانون الأجنبي الاختصاص لقانون دولة ثالثة أو ترده إلى قانون القاضي، فاختلاف قواعد الإسناد هذا يثير تنازعا بين قواعد الإسناد، مثال ذلك أن يعرض على القاضي الموريتاني نزاع متصل بأهلية إنجليزي فالقانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الموريتانية وهو القانون الإنجليزي باعتبار الأهلية تخضع لقانون الجنسية < المادة 7 >، في حين أن قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي الخاصة بالأهلية تعطي الاختصاص إلى قانون الموطن، فإذا كان الإنجليزي المطلوب تحديد أهليته متوطنا خارج إنجلترا تكون قاعدة الإسناد القانون الإنجليزي قد حالت الاختصاص إلى قانون الموطن فنكون هنا أمام ما يطلق عليه الإحالة،

ولدراسة الإحالة نتناول مفهومها < الفقرة الأولى > ثم الاتجاهات التي المؤيدة والرافضة لها < الفقرة الثانية >

---

[1] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 55

[2] . بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 15

[3] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين }. مرجع سابق . ص 11

[4] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 71

الفقرة الأولى : مفهوم الإحالة :

نتناول الإحالة من حيث التعريف وتاريخ النشأة < أولا > على أن نتناول في < ثانيا > الإحالة من حيث أساسها وتحديد أنواعها.

أولا – الإحالة من حيث التعريف وتاريخ النشأة :

أ ـ تعريف الإحالة :

الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي و اعتبره بمثابة القانون الواجب التطبيق.

ويمكن تعريفها أيضا بأنها نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو أنها نظرية تقضي بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقا لقانون القاضي عند اختلاف ضوابط الإسناد في كلا القانونين، وبكون التنازع سلبا بينهما في حكم مسألة ما[1].

ب – نشأة الإحالة :

ظهرت فكرة الإحالة لأول مرة في القضاء الإنجليزي سنة 1841، غير أن معالمها لم تتحدد إلا سنة 1874 إثر قرار صدر من المحاكم الفرنسية بصدد قضية فوركو التي تتلخص في أن فوركو ولد غير شرعي من الجنسية البافارية، أقام في فرنسا من الخامسة في عمره حتى وفاته عن عمر ناهز الثامنة والستين سنة، وقد ترك بعد وفاته ثروة منقولة طالب بها حواشي المتوفى الطبيعيون، ووفقا لما يرتبه القانون البافاري، كما طالبت بها الحكومة الفرنسية أيضا باعتبارها مالكة لأموال التي لا وارث لها حسب القانون الفرنسي، ولدى الرجوع إلى قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي ظهر أنه تخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن قانون المتوفى وهو في هذه الحالة القانون البافاري، نظرا لأن فوركو و رغم طول إقامته في فرنسا فإنه لم يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي الذي كان يتطلب حينذاك إذنا رسميا بالتوطن، وحيث أن فوركو لم يحصل على مثل هذا الإذن، فقد وجب على القاضي الرجوع إلى القانون البافاري قانون موطن المتوفى لحكم النزاع القائم حول أيلولة تركة فوركو، ولما كانت قاعدة الإسناد في القانون البافاري تخضع أيلولة التركة لقانون محل إقامة المتوفى المعتاد وهو هنا القانون الفرنسي الذي لا يعترف للحواشي الطبيعيين بالإرث إلا من إخوان وأخوات المتوفى، ومن حيث أنهم من غير هؤلاء فقد رفضت المحكمة طلبهم وحكمت بأيلولة التركة للحكومة الفرنسية باعتبارها وارثة للأموال التي لا وارث لها، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد أخذ بما حال إليه القانون البافاري واستبعد

[1] . عبد النور أحمد . إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية { دراسة مقارنة } . مذكرة الماجستير . كلية الحقوق . جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان .2009.ص36.

القانون الذي أمرت به قواعد إسناده وأعطى الاختصاص لقانون السكن الفعلي حسبما جاء في قوانين إسناد القانون الأجنبي[1].

ثانيا : الإحالة من حيث الأساس القانوني وتحديد أنواعها :

أ – أساس الإحالة[2] :

ظهرت في الفقه عدة نظريات حاولت إيجاد أساس قانوني للإحالة نذكر منها :

1 – نظرية التفويض :

والمقصود بذلك أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي فهي تفوض الاختصاص بهذا القانون بأكمله سواء الأحكام الموضوعية أو تلك الخاصة بقواعد الإسناد.

ويؤخذ على هذه النظرية كونها ضعيفة الأساس، لأن قاعدة الإسناد ليست قاعدة تفويض للاختصاص التشريعي، وهذه ليست وظيفتها، بل هي قاعدة لاختيار للقانون المناسب لحكم المسألة، وفكرة التفويض خيال ومجاز، حيث لم يثبت أن الدولة فوضت غيرها في فض تنازع القوانين بشأن مسألة معينة، وهي تعترض مع فكرة السيادة، وإعمالها يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة.

2 – نظرية الإسناد الاحتياطي :

تقوم نظرية الإسناد الاحتياطي على فكرة افتراضي وجود قاعدة إسناد احتياطية تقضي بأنه متى أعطي الاختصاص لقانون أجنبي ورفض هذا الأخير حكم العلاقة موضوع النزاع، كان القاضي ملزما بتطبيق قانونه الوطني.

غير أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد، ذلك أنه لا يوجد دليل على أن المشرع يأخذ دائما بقاعدة احتياطية إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية، فهي تقوم على الافتراض فقط ولا تستند على أي نص قانوني.

3 – نظرية النظام العام كأساس للإحالة :

يرى جانب من الفقه، أنه متى أعطت قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص لقانون أجنبي ورفض هذا الأخير اختصاصه و أحال إلى القانون الوطني، كان على القاضي قبول هذه الإحالة و تطبيق قانونه لأنه إن لم يفعل ذلك بقيت تلك العلاقة دون قانون يحكمها وهو أمر يتعارض مع النظام العام.

---

1. أنظر حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 81 ، 82 و بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } . مرجع سابق . ص13 ، 14 و بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 17 ، 18 .

[2] . أنظر بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } . مرجع سابق . ص 16 وما بعدها.

والحقيقة أنه لفهم الأساس الذي تقوم عليه نظرية الإحالة وجب الرجوع إلى أصلها التاريخي، فالقضاء الفرنسي لم يأخذ في قضية فوركو إلا لاعتبارين أساسين :

الأول هو المصلحة الوطنية إذ كان من مصلحة الدولة الفرنسية أن تحصل على تلك الأموال التي تركها، أما الاعتبار الثاني فهو تسهيل عمل القضاة وإتاحة الفرصة لهم لتطبيق قوانينهم الوطني، فقبول الإحالة وبالضبط تلك التي تكون من الدرجة الأولى يعني تطبيق القانون الوطني، وهو قانون يفترض علم القاضي به بخلاف القانون الأجنبي الذي قد يجهله تماما هذا القاضي مما يعني صعوبة البحث عن مضمونه، ولا يخفى على أحد صعوبة ذلك بل استحالته في بعض الأحيان، وهي كلها أمور يمكن تجاوزها هن طريق قبول الإحالة[1].

ب – أنواع الإحالة :

للإحالة نوعان: إحالة من الدرجة الأولى أو الرجوع < 1> وإحالة من درجة ثانية أو الطلقة < 2 >

1 – الإحالة من الدرجة الأولى :

في هذا النوع من الإحالة يرجع القانون الأجنبي المختص – بموجب قاعد الإسناد في قانون القاضي – بحل النزاع إلى قانون القاضي نفسه، كما حدث في قضية فوركو[2].

2 – الإحالة من الدرجة الثانية: وفي هذا النوع من الإحالة لا يرجع القانون المختص الواجب لحل النزاع إلى قانون القاضي نفسه، وإنما يوجه إلى قانون ثالث وفيها لا تنتهي سلسلة الإحالة نظريا، أو تدور في حلقة مفرغة، ومثالها أن ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي حل النزاع، لكنها لا تحيله إلى قانون القاضي و لكن إلى قانون أجنبي آخر[3].

الفقرة الثانية : الإحالة بين القبول والرفض :

أثارت مسألة إعمال الإحالة عدة إشكاليات جعلت الفقهاء بين مؤيد < أولا > ومعارض < ثانيا>

أولا – حجج أنصار الأخذ بالإحالة :

استند أنصار هذه النظرية على المبررات التالية :

[1] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص {تنازع القوانين }. نفس المرجع السابق . ص 18

[2] . نسرين شرقي وسعيد بوعلي . القانون الدولي الخاص الجزائري . الطبعة الأولي . دار بلقيس . الجزائر. 2013 . ص 43

[3] . المرجع السابق نفسه . ص 43

أ – ضرورات علمية :

قد يؤدي الأخذ بنظرية الأحالة إلى توسيع اختصاص قانون القاضي الذي لا يجب أن يكون متمسكا بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من مشرع القاضي الأجنبي نفسه الذي تخلى عن هذا الاختصاص وأولى الثقة إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر، وليس هناك ما يبرر رفض هذه الثقة، وما دام القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي يرفض الاختصاص لنفسه ويعطيه لقانون آخر فما علينا إلا قبول هذه الإحالة لتدارك ظهور عدم وجود تشريع مختص لحكم العلاقة[1].

ب – ضرورات قانونية :

إن قانون كل دولة يتكون من قواعد موضوعية وقواد إسناد، وتكون في مجموعها وحدة متكاملة يلزم العمل بها بصورة كاملة، وإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي، فإنها تقصد بذلك جميع أحكام ذلك القانون ولا يصح تجزئة قواعده والاقتصار على الأخذ بقواعده الموضوعية فقط، بل يلزم في الوقت ذاته إتباع قواعد الإسناد لذلك القانون.

ومن ثم فإن تحديد قواعد الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي المختص بعلاقة قانونية معينة لا يعني بالضرورة نسب الاختصاص الفعلي للقانون الأجنبي، بل إنها تعرض اختصاصا يمكن رفضه من قبل مشرع الدولة التي عرض الاختصاص على قانونها وذلك لأنه هو الذي يحدد سيادة ونطاق قانونه[2].

ج – ضرورات تسهيل التنفيذ :

يؤدي الأخذ بنظرية الإحالة إلى تنسيق قواعد التنازع فيما بين مختلف قوانين الدولة والاتفاق على القانون الواجب التطبيق مما يؤدي إلى تحقيق وحدة في الأحكام الناتجة عن اتفاق كلا القانونين< قانون القاضي والقانون الذي يشير إليه قانون القاضي >على إعطاء الاختصاص لقانون معين، واختيارهما لقانون معين، واختيارهما لقانون واحد يحكم النزاع ويوصل إلى وحدة الأحكام التي من شأنها جعل تنفيذ الحكم الوطني في البلد الأجنبي سهلا ويسيرا نظرا لاتفاقه مع ما يقضي به قانونهم

ومن أحل تنفيذ الحكم الوطني في الدولة الأجنبية التي تقوم في إقليمها الأموال العقارية التي تتكون منها تركة المتوفى مثلا اضطرت المحاكم الإيطالية في وقت من الأوقات إلى أن تأخذ بالإحالة بتطبيق قاعدة الإسناد لقانون

[1] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 73

[2] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 73 ، 74

الدولة الأجنبية التي وجد فيها المال غير المنقول والحكم بمقتضى ذلك القانون بدلا من العمل بقاعدة الإسناد الوطنية التي تعطي الاختصاص لقانون جنسية المتوفى[1].

ثانيا – حجج الرافضين للإحالة :

يحاول أنصار هذا الاتجاه إضحاض أهمية الإحالة بعدة مبررات أهمها :

أ – الدوران في دائرة مفرغة :

يرى هؤلاء أن إعمال الإحالة قد يقودنا إل حلقة مفرغة، ذلك أن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد ترفض الاختصاص لقانونها وتحيل النزاع إلى قانون آخر الذي يجب استشارة قواعد الإسناد فيه التي قد ترفض الاختصاص أيضا وتحيل النزاع إلى قانون آخر الذي قد يكون القانون الوطني والذي يحيل بدوره إلى القانون الأجنبي، رفض الأخذ بالإحالة[2].

ب – الخضوع لقانون ليس القانون المختص ـــــ أصلا – :

يضيف أنصار هذه النظرية[3] أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى أن يطبق على طرفي النزاع نظاما قانونيا ليسوا خاضعين له أصلا وغير مقرر في بلادهم، كأن تحيل قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي الفصل في نزاع يخص أهلية إنجليزي متوطن في موريتانيا على القانون الموريتاني.

ج – سلطة القاضي :

يستمد القاضي سلطته من قانونه الوطني لا من القانون الأجنبي الصادر عن مشرع آخر، ولذلك لا يلزم بالأخذ بالإحالة التي تقررها قواعد الإسناد للقانون الأجنبي، وهو إن فعل بغير ذلك فيكون قد خالف أوامر قانونه وخضع لأوامر القانون الأجنبي، وعلى القاضي أن يعمل بمقتضى القانون الذي اشارت إليه قواعد إسناد قانونه دون أن يقلق على مصير الحكم من حيث قابليته للتنفيذ في الخارج[4] .

ورغم أن المشرع الموريتاني لم يتضمن نصا صريحا يوجز بموجبه الإحالة، إلا أنه أيضا لم يتضمن نصا صريحا يمنعها، رغم أن الراجح هو الرفض، ذلك أن القاضي الموريتاني الذي يعرض عليه نزاع مشمول بعنصر أجنبي

---

[1] . ذلك ما ذكر في محكمة النقض في مدينة تورينو 22 ديسمبر سنة 1870 و17 يونيه سنة 1874 . راجع في ذلك الدكتور حامد سلطان في العوامل التي تعترض قانون الميراث في التطبيق في مجلة القانون والاقتصاد . السنة 13 يونية 1948 . مذكور في هامش حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . الهامش رقم 2 . ص 74

[2] . بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 20

[3] . السعيد رزان . إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري . مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر. شعبة الحقوق، تخصص القانون الدولي الخاص جامعة العربي بن مهيدي { أم البواقي } كلية الحقوق والعلوم السياسية . السنة الجامعية 2015 . 2016 . ص 42 وما بعدها.

[4] . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 76

لا يطبق إلا القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي أهدته إليه قاعدة الإسناد ولا محل بعد ذلك للنظر في فيما يراه المشرع الأجنبي في قواعد إسناده.

وإن كان مشرعنا قد حافظ على هذه الضبابية فيما يتعلق بالإحالة، فإن تشريعات أخرى قد وضعت لها حدا برفض الإحالة بشكل واضح أو بقبولها بذات الشكل، فقد رفض – مثلا ــ القانون الأردني الإحالة بمقتضى المادة 28 من قانونه المدني حيث نصت على أنه: << إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص>>، أما المشرع الجزائري فقد أجاز الأخذ بالإحالة إذا أحالت قواعد التنازع في القانون الأجنبي إلى القانون الجزائري، وذلك ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 23 مكررة من القانون المدني بعد تعديله في سنة 2005، حيث نصت على ما يلي << ..... غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت إليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي>>.

الخاتمة :

هكذا وانطلاقا مما سبق وبعد دراستنا لإشكالية التكييف والإحالة في القانون الموريتاني، يمكن أن نخرج ببعض الاستنتاجات على أن نحاول المساهمة ببعض التوصيات التي نرى أنها من الضرورة بمكان أخذها بعين الاعتبار.

- **الاستنتاجات :**

ـ أن التكييف هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.

ـ أن المشرع الموريتاني قد أخضع التكييف لقانون القاضي حيث تنص المادة 6 من ق ا ع على أن << القانون الموريتاني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها >>.

ـ أن الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي و اعتبره بمثابة القانون الواجب التطبيق.

ـ أن المشرع الموريتاني لم يأخذ بالإحالة بشكل صريح، إلا أنه أيضا لم يتضمن نصا صريحا يمنعها، رغم أن الراجح هو الرفض للإحالة.

- **الاقتراحات :**

يمكن أن نختصر هذه الاقتراحات في ما يلي :

ـ أن على المشرع الموريتاني بدلا من إخضاع التكييف لقانون القاضي، أن يخضع التكييف للنظرية الحديثة التي يتزعمها كل من <لاكارد و باتيفول>، وتتجه هذه النظرية إلى إخضاع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص و المفترض التطبيق، في الظروف التي يجهل فيها القاضي نطاقا قانونيا معينا يتمسك به الخصم أمامه، كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها.

ـ أن على المشرع الموريتاني أن يضع حدا للضبابية التي أحاط بها الإحالة، فإما أن يأخذ بها بشكل صريح أو يرفضها بشكل صريح، ونقترح الأخذ الصريح بفكرة الإحالة على غرار التشريع الجزائري.

❖ قائمة المراجع :

ـ حسن الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ـ كلية الحقوق ـ جامعة مؤته ـ 1997

ـ بليغ حمدي ـ محاضرات في القانون الدولي الخاص ـ كلية الحقوق ـ جامعة طنطا ـ مصر ـ

ـ أعراب بلقاسم ـ القانون الدولي الخاص الجزائري ـ الجزء الأول { تنازع القوانين } ـ دار هوم ـ الجزائر 2002.

ـ علي عدنان علي ـ أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحيد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة) ـ رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص.

ـ بشور فتيحه ـ محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } ـ جامعة أكلي محند اولحاج ـ البويرة كلية الحقوق ـ

ـ عليوش كمال قربوع كمال ـ ج 1 ـ دار هوم للنشر والتوزيع ـ الجزائر ـ 2007

ـ علي الحجامي ـ محاضرات في القانون الدولي ـ 5 آب 2016

ـ بن عصمان جمال ـ مقياس القانون الدولي الخاص ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية { تلمسان } ـ محاضرات للسنة الثالثة قانون الخاص ـ 2014 ، 2015 .

ـ غالب علي الداودي ـ حسين محمد الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الأول ـ الأردن .

ـ عبد النور أحمد ـ إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية { دراسة مقارنة } ـ مذكرة الملجستير ـ كلية الحقوق ـ جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ـ 2009 ، 2010 .

ـ نسرين شرقي وسعيد بوعلي ـ القانون الدولي الخاص الجزائري ـ الطبعة الأولي ـ دار بلقيس ـ الجزائر ـ 2013 .

ـ حامد سلطان ـ في العوامل التي تعترض قانون الميراث في التطبيق في مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة 13 يونية 1948.

ـ السعيد رزان ـ إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري ـ مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ـ شعبة الحقوق، تخصص القانون الدولي الخاص ـ جامعة العربي بن مهيدي { أم البواقي } كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ السنة الجامعية 2015 ـ 2016 .

أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة – دراسة تحليلية في ظل القانون اليمني

Provisions of the legal regime for the cabin crew

"Analytical study under the Yemeni law"

إعداد محمد[1] عبد العزيز الشعري

باحث في كلية القانون بجامعة إب - اليمن

Mohammed abdualaziz Al-shari

Researcher at the faculty of law ; ibbUniversity :Yemen

ملخص الدراسة : يعد الطيران المدني بمواضيعه المتعددة أحد أهم المواضيع التي نظمتها القوانين العربية بما فيها اليمن لما تنطوي عليه من مخاطر تحتاج إلى خبرة من أجل استخدامها وإدارتها ، وهو ما كان بالنسبة لطاقم الطائرة كذلك حيث قام المشرع بتحديد شروط خاصة للعمل ضمن طاقم الطائرة وحدد مهام كل عضو من أعضاء الطاقم ونظم تعيينهم وأوقات العمل والراحة بقواعد خاصة .كما قام بتناول مهام وصلاحيات قائد الطائرة بشكل مستقل تتناوله الدراسة من خلال بيان تلك الأحكام التي نظمها القانون وتحليلها ومقارنتها مع بعض القوانين العربية الأخرى ، وتتوصل هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات التي تحاول من خلالها اقتراح تعديل بعض المواد في قانون الطيران المدني اليمني.

- **الكلمات المفتاحية** : طاقم الطائرة –قائد الطائرة – اليمن .

[1] EMAIL: MOOHAMMED770017@GMAIL.COM

Abstract : The civil Aviation is one of the most important topics dealt with Arab law ,because of the risks that require experience and special specifications in order to use and mange it really well, which was the case for the cabin crew as well so the project has made some special rules .

For the workers in the cabin with their working and rest times , it also dealt with tasks and the powers of the pilot iudependently that coverd by the study and clarifying the provisons regulated by the law, analyzing and comporing with some other Arab law.

- **Keywords** : The cabin crew - -Yemen.

مقدمة :-

يعد القانون الجوي من القوانين حديثةالنشأة ،سريعة التكوين ،وهو بذلك يختلف عن قواعد القانون البحري الموجودة قواعده منذ قديم الزمان سواء كانت تلك القواعد ممثلة بالأعراف أو التشريع الصادر من الدولة في مرحلة متقدمة .ونحن هنا لن نتحدث عن المراحل التي مر بها هذا القانون حتى وصل إلى الصورة الموضوعة حاليا ولكن بصدد مناقشة قواعده و امكانية تعديلها وتناسبها مع الواقع خاصة في ظل التطور المستمر للطيران و الأدوات المستعملة فيه.

ومن المعروف بأن الطائرة لا تطير بقوتها الإرادية وهي في ذلك بحاجة إلى من يقودها أو حتى يعمل على تشغيلها ويتحكم بها .كذلك فإن تحريك الطائرة يقتضي العناية بها فنيا من خلال متابعة محركاتها والعمل على صيانتها وتوفير ما تحتاجه من مواصفات ومقاييس تشترطها القوانين والأنظمة والاتفاقيات وكل ذلك من أجل الحفاظ على أمن وسلامة الطائرة. لذا فإن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية لم تغفل عن هذا الأمر وقد ورد فيها بعض التنظيمات الخاصة بموضوع الاستثمار في مجال الطيران وكذلك العاملين فيه بداية من قائد الطائرة ومرورا بالطيارين ووصولا إلى المضيفين .

ودراسة المواضيع التي نظمتها الاتفاقيات أو التشريعات أمر هام جدا ينطلق من المنطلق السابق الذي تحدثنا عنه وهو حداثة نشأة هذا القانون وبالتالي قلة الدراسات السابقة التي تعني بالمواضيع الجزئية المتصلة بهذا القانون ،وأيضا العمل على مد هذا القانون بما يحتاجه من أجل المضي قدما في تطويره والوصول به إلى نظرية عامة مستقرة في غالبية الدول.

وقد قام الباحث بتقسيم البحث إلى قسمين المبحث الأول : يستهدف دراسة أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة من حيث بيان التعريف القانوني للطاقم وتكوينه والالتزامات القانونية التي تقع على عاتق طاقم الطائرة.

بينما في المبحث الثاني والخاص بأحكام النظام القانوني لقائد الطائرة سيتم بيان التعريف القانوني لقائد الطائرة ،والمهام الموكلة له بموجب القانون .

المبحث الأول : أحكام النظام القانوني الخاصة بطاقم الطائرة :

طاقم الطائرة هو أساس تسيير عملية الملاحة الجوية واتمامها وهو المكلف بإدارة تلك العملية على متن الطائرة على وجه الخصوص.وبالتالي فإن دراسة أحكام النظام القانوني الخاص بالطاقم هو ركن هام من أركان دراسة القانون الجوي .

ولأن موضوع البحث يتناول طاقم الطائرة بشكل عام كان لابد من دراسة هذا الطاقم والتعريف به وبتكوينه وذلك قبل دراستنا لمهام قائد الطائرة ومهامه المكلف بها.

المطلب الأول : التعريف بطاقم الطائرة وتكوينه :

من أجل معرفة المعنى الفقهي والقانوني لطاقم الطائرة والتكوين المنصوص عليه فقها وقانونا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى الآتي :

الفرع الأول : تعريف طاقم الطائرة :

لم يغفل الفقه القانوني عن تعريف طاقم الطائرة بل أنهم في تلك التسمية على اختلاف فالبعض منهم أطلق عليهم تسمية "طاقم الملاحة الجوية"[1] قياسا على قواعد القانون البحري والذين يطلقون على الأشخاص المستغلين للسفينة والعاملين عليها اسم "طاقم الملاحة البحرية .

والبعض الآخر قام باختصار تلك التسمية إلى اسم **"طاقم الطائرة "** [2] وهو ما نذهب إليه للأسباب الآتية :-

1- أن هذه التسمية تتماشى مع خصوصية هذا القانون واختلاف قواعده عن قواعد القانون البحري.

[1] د. معن القضاة ،مذكرة في القانون الجوي ،كلية الحقوق والعلوم الإنسانية(المملكة العربية السعودية)،1433هـ ،ص54.

[2] أ.د حمد الله محمد حمد الله، القانون الجوي (الأفكار والقواعد الرئيسية –عقد النقل الجوي الدولي والداخلي للأشخاص والبضائع)،مكتبة القانون والاقتصاد في الرياض،ط1 ،2016م ،ص65.

2- أن هذه التسمية تتميز بالدقة بالمقارنة مع التسمية السابقة خاصة وأن لفظ الملاحة قد يتناول بعض العاملين في أرض المطار وعلى متن الأرض مثل خبراء الطقس وغرفة العمليات مع أنهم لا يدخلون ضمن طاقم الطائرة حسب النصوص القانونية.[1]

وهذا هو المصطلح الذي سنعتمد عليه في بحثنا نظرا لما رجحناه آنفا. أما بالنسبة لتعريف طاقم الطائرة فإنه يمكن القول بأن الطاقم هو "مجموعة من الأشخاص الذين يوجدون على متن الطائرة باستمرار لمباشرة الأعمال التي تقتضيها الرحلة ،سواء أكانت مهام فنية أو تقديم خدمات للركاب .[2]" كذلك يمكن تعريف طاقم الطائرة بأنه " مجموعة من الأشخاص يحددهم القانون ويقومون بالأعمال اللازمة من أجل اتمام الرحلة الجوية سواء كانت تلك المهام فنية أو تقديم خدمات للراكب أو غيرها ."وكذلك يمكننا أن نعرف الطاقم بأنهم " الأشخاص الذين يقومون بالأعمال التي تحتاجها الطائرة في رحلتها الجوية من بدايتها وحتى نهايتها ."

هذا بالنسبة للتعريف الفقهي أما التعريف القانوني فإننا لم نجد في نصوص العديد من القوانين تعريفا لطاقم الطائرة وهو ما قد يكون المقصود منه ترك المجال للفقه في وضع التعريف الملائم والمناسب أو التعريف الذي يواكب التطورات والتحديثات التي ترد على نظام عمل الطائرة مما يجعل النص القانوني في منأى عن التعديل الدائم ويخلق نوع من الثبات والاستقرار في النظام القانوني المعمول به.

على أن لكل قاعدة استثناء وذلك ما وجدناه في نصوص القانون الماليزي الخاص بتنظيم الطيران المدني[3] من خلال نص المادة ((2/1)) بقوله ((الطاقم : كل شخص يعمل أو يُستخدم في طائرة أثناء الرحلة على متن الطائرة)) ومن الواضح بأن هذا النص معيب لعد تركه أمر تعريف الطاقم للفقه كذلك لتحديده أعضاء الطاقم بالعاملين على متن الطائرة دون غيرهم. هذا وبعد أن قمنا بتعريف مصطلح طاقم الطائرة فإننا سنقوم بذكر تعاريف ومفاهيم أعضاء الطاقم عند دراسة تكوين طاقم الطائرة وهو ما سنقوم بدراسته من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني : تكوين طاقم الطائرة :

بالعودة إلى شروحات الفقه القانوني نجد أن الفقه قد اختلف في تحديد عدد أعضاء طاقم الطائرة وصفاتهم ومهامهم الموكلة إليهم وذلك بسبب عدم وجود نص قانوني يحدد ذلك العدد أو يحصره في مهام محدودة بل أن القانون اليمني قد فتح الباب أمام زيادة العدد لعضو أو أكثر وذلك بالنسبة لجميع أو بعض الرحلات الجوية إذا كانت سلامة وتأمين الطائرة يستدعي ذلك الأمر.

---

[1] لا يعني ذلك بان جميع الأشخاص العاملين على متن الأرض يعتبرون خارج طاقم الطائرة بل أنهم يعتبرون جزء من الطاقم ويطلق عليهم تسمية ((الطاقم الأرضي)) للتفرقة بينهم وبين العاملين على متن الطائرة.

[2] المرجع السابق ، نفس الصفحة.

[3] Laws of Malaysia، civil aviation act، 27 february 1969، part IIIA.

هذا وقد نص القانون اليمني على امكان تحديد عدد المضيفين الجويين الذين يقومون بالأعمال اللازمة لخدمة الركاب أو المتعلقة بسلامتهم من خلال نص المادة رقم (148) من قانون الطيران المدني اليمني[1] بقولها((تشكيل طاقم الطائرة:

1- **لسلطات الطيران المدني** أن تقرر بالنسبة لجميع أو بعض الرحلات إضافة عضو أو أكثر إلى هيئة قيادة الطائرة علاوة على التشكيل المقرر في شهادة صلاحية الطائرة ودليل الطيران، إذا رأت أن ذلك لازم لتأمين سلامة الطيران.

2-لا يجوز عند تشكيل هيئة قيادة الطائرة في أية رحلة أن يكلف أحد أعضائها بالقيام بواجبات عضوين أو أكثر من أعضاء هيئة القيادة.

3-لسلطات الطيران المدني أن تحدد عدد المضيفين الجويين الذين يقومون بالأعمال المتعلقة بسلامة وخدمة الركاب بالطائرة.))

ويتبين لنا مما سبق أن المشرع اليمني قد ترك أمر تشكيل طاقم الطائرة للسلطة التقديرية للهيئة القائمة بأعمال السلطة التنفيذية وهي **سلطات الطيران المدني** والتي عرفها القانون في نص المادة (5/1) من قانون الطيران المدني المعدل بقانون رقم(21)لسنة2009م بقولها ((سلطات الطيران المدني: الهيئة العامة للطيران المدني)) .

على أن ذلك التحديد يكون عن طريق شهادة صلاحية الطائرة ودليل الطيران مع حق السلطات في زيادة تلك الأعداد عن تلك المحددة في شهادة الصلاحية[2] ودليل الطيران.

وعلى نفس المنوال نص المشرع البحريني في قانون تنظيم الطيران المدني[3] وذلك في المادة رقم (79) والتي جاءت بعنوان (تشكيل الطاقم) على أن((1- لشؤون الطيران المدني أن تقرر بتعليمات أن تقرر، بالنسبة لجميع أو بعض الرحلات ،إضافة عضو أو أكثر إلى هيئة القيادة ،علاوة على التشكيل المقرر في شهادة الصلاحية ،إذا رأت ذلك لازم لتأمين سلامة الطيران .

2- لا يجوز لأي من أعضاء هيئة قيادة الطائرة أن يقوم في وقت واحد بواجبات عضوين أو أكثر من أعضاء هيئة القيادة .

3- لشئون الطيران المدني أن تقرر بتعليمات تصدرها ،عدد المضيفين الجويين المطلوب وجودهم بالطائرة للقيام بواجبات تتعلق بسلامة وخدمة الركاب)).

---

[1] قرار جمهوري بالقانون رقم(12) لسنة 1993 بشأن قانون الطيران المدني ،منشور في الجريدة الرسمية العدد(8) ،تاريخ نشر 1993/4/30م.

[2] عرف المشرع اليمني شهادة الصلاحية في المادة ((21/1))بقوله((شهادة الصلاحية : وثيقة تصدرها سلطات الطيران المدني تقر فيها بصلاحية الطائرة للطيران خلال فترة زمنية معينة بشرط أن يلتزم المستثمر باتباع الشروط الواردة في الوثيقة.)).

[3] قانون رقم 14 لسنة 2013 بشأن تنظيم الطيران المدني، صادر عن وزارة المواصلات .

ننتقل بعد أن رأينا الرأي القانوني إلى تشكيل طاقم الطائرة حسب ما ذكره بعض فقهاء القانون حيث ذكر البعض بأن طاقم الطائرة يتكون من الآتي :

1- الطيارون الذين يتولون قيادة الطائرة ويرأسهم قائد الطائرة .

2- الميكانيكيون الجويون (**لسلامة الآلات ومحركات الطائرة**) .

3- مهندسين اللاسلكي الراديو والتصوير .

4- الموظفون ممن يساعدون بالأعمال اللازمة لسلامة وراحة الركاب.[1]

والبعض الآخر قد ذكر تقسيم آخر لطاقم الطائرة والذي يتكون من الآتي :-

1- قائد الطائرة ((الكومندان)).

2- الطيارين .

3- الفنيين كضابط اللاسلكي والمهندسين الجويين والميكانيكيين.

4- المضيفين والممرضين الذين يقومون بخدمة الركاب أثناء الرحلة.[2]

نستنتج مما سبق بأنه يمكن القول بأن تكوين طاقم الطائرة كالآتي : -

1- قائد الطائرة [3].

2- عضو هيئة القيادة :

و قد ورد تعريف عضو هيئة القيادة في نص المادة (18/1) من قانون الطيران المدني اليمني بقولها أنه "عضو في طاقم الطائرة حائز على إجازة سارية المفعول ومكلف بواجبات أساسية لتشغيل طائرة أثناء فترة الطيران."

ونفس التعريف ورد في التشريع البحريني [4]، وكذلك في نظام الطيران المدني السعودي [5] في نص المادة الأولى الفقرة 23 بقولها ((عضو هيئة القيادة: عضو في طاقم الطائرة حائز على إجازة سارية المفعول مكلف بواجبات أساسية لتشغيل الطائرة أثناء فترة الطيران)) وبحسب الفقه القانوني فإن هذه الفئة تشمل ما يسمى بالطيارين.

3- عضو طاقم الطائرة :

وهو الشخص الذي عرفه المشرع اليمني من خلال نص المادة((19/1)) بقولها بأنه "شخص مكلف من قبل المستثمر بواجبات على طائرة أثناء فترة الطيران" :

---

[1] د. معن القضاة ،مرجع سابق ،ص55.

[2] أ.د حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق ،ص 65.

[3] وسنترك مجال للتعرف على قائد الطائرة بشكل أكبر وذلك من خلال المبحث الثاني لهذا البحث.

[4] المادة ((39/1)) نصت على أن ((عضو هيئة القيادة :عضو في طاقم الطائرة حائز على إجازة سارية المفعول ومكلف بواجبات أساسية بتشغيل طائرة أثناء فترة الطيران)).

[5] نظام الطيران المدني السعودي ،صادر بمرسوم ملكي رقم(م/44)وتاريخ 1426/7/18هـ ،الطبعة الأولى.

وهو نفس التعريف الوارد في نصوص قانون تنظيم الطيران المدني في البحرين[1]،وكذلك نصوص النظام السعودي بشأن الطيران المدني[2].

وهو يشمل بحسب الفقه الأشخاص الآتيين : -

1- المضيفون. 2- المهندسين. 3- الممرضين

4-الميكانيكيون. 5- ضابط اللاسلكي. 6- مرشدين للركاب.

7- آخرين بحسب الحاجة.

4- أشخاص يتم اشتراط وجودهم من قبل سلطات الطيران المدني في كل أو بعض الرحلات الجوية إذا كانت سلامة وتأمين الطائرة تقتضي ذلك. مع الوجوب الأخذ بالاعتبار أي توجيهات أو تعليمات صادرة عن سلطات الطيران المدني في أعداد من سبق ذكرهم وطريقة قيامهم بواجبهم ومهامهم . هذا وبعد أن عرفنا تشكيل وتكوين هذا الطاقم لابد من الانتقال إلى فرع آخر يبين ويوضح أحكام النظام القانوني لهذا الطاقم وهو ما سنبينه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني : أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة :

ينظم القانون أحكام النظام القانوني لطاقم الطائرة من حيث طبيعة العلاقة بين الطاقم والمستثمر وتعيين هذا الطاقم والالتزامات الواجب اتباعها من قبل الطاقم ،ونحن سوف ندرسه بالشكل الآتي :

الفرع الأول : النظام القانوني لطاقم الطائرة :

إن الطيران كوسيلة حديثة وايجابية ساهمت بتسهيل التنقل بين الدول وانجاز الكثير من الأعمال في وقت قياسي مقارنة بالماضي ،و لم تكن هذه الوسيلة خالية من العيوب بداية من خطورتها ومرورا من حاجتها إلى أشخاص ماهرين يستطيعون قيادتها ووصولا إلى حاجتها لفنيين يستطيعون التعامل مع أي عطل في الطائرة أو مضيفين يقومون بنقل الركاب. كل ذلك استدعى تدخل التشريعات من أجل تنظيم أحكام النظام القانوني لكافة الأمور المتعلقة بتلك الوسيلة من أرض وهواء وآلة وكادر بشري تحتاجه تلك الآلة. ونحن في هذا المطلب سنتحدث عن أحكام النظام القانوني المتعلق بالكادر البشري الذي تحتاجه الطائرة كالآتي :-

[1] المادة((40/1))نصت على أن ((عضو طاقم الطائرة :عضو طاقم الطائرة: شخص مكلف من قبل مشغل الطائرة بواجبات محددة على الطائرة أثناء فترة الطيران)).

[2] المادة((23/1)) نصت على ان ((عضو طاقم الطائرة :شخص مكلف من قبل المستثمر بواجبات على طائرة أثناء فترة الطيران))

الفقرةالأولى : طبيعة العلاقة بين الطاقم والمستخدم (شركة أو مؤسسة طيران) :-

ذهب الفقه إلى تكييف العلاقة القانونية القائمة بين طاقم الطائرة ومؤسسات الطيران بأنها رابطة تربطهم بموجب "عقود عمل ". وعند النظر إلى ذلك الرأي فإننا نحاول تطبيق العناصر المميزة لعقد العمل عن غيره من العقود للتأكد من ذلك التكييف .

عرف قانون العمل اليمني[1] في المادة (27) بقوله ((عقد العمل هو اتفاق بين صاحب العمل والعامل يتضمن تحديد شروط العمل ويتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل وإشرافه مقابل أجر.))وبالتالي فإن العناصر المميزة لعقد العمل هي :-

1- **أولا :عنصر الأجر** :- وهو ما نجده في جميع عقود عمل طاقم الطائرة بحيث اذا انتفى ذلك العنصر سنكون بصدد عقد آخر هو عقد تبرعي لا يمت للعقد المذكور بصلة ما. ولا فرق بين أن يكون عقد العمل فردي أو جماعي (مشترك)،سواء كان الأجر بالرحلة أو المدة والمهم هو أن يتوافر هذا العنصر لنطلق تلك التسمية على هذه العلاقة.

2- **ثانيا : عنصر التبعية** :- والمقصود هنا أن نكون بصدد أو أمام تابع ومتبوع أو مستَخدَم ومُستَخدِم أي أن يكون أحد أطراف العقد يخضع في عمله لإدارة وتوجيه أحد أطراف العقد وهو ما نجده في العلاقة بين طاقم الطائرة ومؤسسات الطيران المدني. وليس هناك أي مانع من أن يوكل لأحد أفراد الطاقم بعض التصرفات القانونية فالمشرع لم يحدد بأن عقد العمل يقوم على الأعمال المادية دون التصرفات القانونية بل أن بعض عقود العمل ترتبط بالتصرفات القانونية وذلك مثل البائعون التجاريون الذين يرتبطون مع أصحاب العمل بعقد عمل على رغم قيامهم بأعمال قانونية تتمثل في إبرام العقود مع العملاء .[2]

وبالتالي نصل إلى أن القاعدة العامة التي تحكم رجال الطاقم مع مستخدميهم (مؤسسات أو شركات الطيران) بأنها عقد عمل ،وبالتالي فهم يخضعون للأحكام الخاصة بهم في قانون الطيران المدني وعند عدم وجود قاعدة نعود إلى قانون العمل ،وقانون التأمينات الاجتماعية .

ويبرر خضوعهم إلى بعض القواعد الخاصة بهم إلى طبيعة هذه المهنة التي دفعت الدول إلى الاهتمام بها ،وإلى وضع قواعد خاصة به تتميز بالشدة التي يمكن أن تبررها اعتبارات عديدة أهمها اعتبارات السلامة securite.[3]

---

[1] قرار جمهوري بالقانون رقم (5) لسنة 1995م بشأن قانون العمل وتعديلاته بالقانون رقم (25) لسنة 1997م والقانون رقم (11) لسنة 2001م والقانون رقم (25) لسنة 2003م،المنشور في الجريدة الرسمية ،العدد(5) ،1995م.

[2] د. عبد الله علي الخياري، شرح أحكام قانون العمل اليمني الجديد ،الأمين للنشر والتوزيع ،ط6،2014م،ص112.

[3] أ.د حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق ،ص 66.

الفقرة الثانية: تعيين أعضاء طاقم الطائرة :-

لم يجعل القانون تعيين طاقم الطائرة خاضعا لأحكام قانون العمل بل أنه قد اشترط شروط خاصة تتناسب مع وسيلة النقل وخطورتها .لذا فإن قانون الطيران المدني قد نص في المادة (147)من قانون الطيران المدني بأن ((تعيين أعضاء أطقم القيادة: فيما عدا رحلات تدريب الأشخاص على تأدية وظائفهم على متن الطائرة ، لا يجوز لمستثمر أي طائرة مسجلة في الجمهورية أن يعين شخصا ليكون عضوا في طاقم الطائرة لأية رحلة، ما لم يكن ذلك الشخص حائزاً على إجازة سارية المفعول تؤهله لذلك ولديه من المؤهلات وشهادات الاختبارات الدورية العملية ما يمكنه من تأدية الواجبات المنوطة به على النحو المطلوب .))وبالتالي فإن القانون قد اشترط من أجل تعيين ذلك الفرد في طاقم الطائرة أن يكون حاصلا على :-

1- إجازة سارية المفعول تؤهله للعمل ضمن طاقم الطائرة.

2- مؤهلات وشهادات الاختبارات الدورية العملية والتي تمكن وتؤكد من امكانية قيامه بوظيفته على أكمل وجه.

واستثنى القانون من تلك القاعدة رحلات تدريب الأشخاص وذلك من أجل تهيئة وتدريب بعض الأشخاص وكذلك من أجل تسهيل حصولهم على التراخيص والمؤهلات المذكورة آنفا.

كذلك فإن التشريع السعودي نص في مادته ((91)) بشأن نظام الطيران المدني والمتعلقة بإجازات هيئة قيادة الطائرات على ((يشترط في من يعمل عضوا في هيئة قيادة أي طائرة تعمل في إقليم المملكة أن يكون حائزا على إجازة سارية المفعول صادرة عن دولة التسجيل وعن سلطة تسجيل العلامة العامة ،تراعى فيها المعايير التي نصت عليها المعاهدات الدولية)).أما بالنسبة للجانب الدولي فقد نصت اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي الصادرة عام 1944م في مادتها ((32)) على أن ((اجازات هيئة القيادة :أ . يجب ان يكون لدى قائد الطائرة التي تعمل في الملاحة الدولية وباقي اعضاء هيئة قيادتها شهادات الاهلية والاجازات اللازمة صادرة او معتمدة من الدولة المسجلة فيها الطائرة .

ب. تحتفظ كل دولة متعاقدة بحقها في عدم الاعتراف- فيما يتعلق بالطيران فوق اقليمها- بالشهادات والاجازات الممنوحة لرعاياها من دولة متعاقدة اخرى .))وبالتأمل في أحكام هذه المادة نجد أنها اشترطت على طاقم الطائرة أن يكونوا حاصلين على الاجازات والشهادات اللازمة والتي تصدر من الدولة المسجلة فيها الطائرة.

كما نصت المادة على حكم كان الغرض منه منع تحايل رعايا أي دولة من خلال تهربهم من أحكام قوانينهم التي ينتمون إليها وذلك من خلال اتاحة الفرصة لتلك الدولة لتبدي تحفظها على الاجازة التي يحصل عليها رعاياها من دولة أخرى متعاقدة . وربما قد يتبادر إلى الذهن سؤال عن كيفية تنظيم واعتماد تلك الشهادات والاجازات من قبل الدول الأخرى ؟وهل لسلطات الدولة المتعاقدة الحرية في تحديد شروط تلك الشهادات

والاجازات؟ تجيب المادة (33) من نفس الاتفاقية على تلك الأسئلة بقولها ((الاعتراف بالشهادات والاجازات : تعترف الدول المتعاقدة بصحة شهادات الصلاحية للطيران وشهادات الاهلية والاجازات الممنوحة او المعتمدة من الدولة المتعاقدة المسجلة بها الطائرة بشرط ان تكون الشروط التي منحت او اعتمدت بمقتضاها الشهادات او الاجازات معادلة او اعلى من شروط الحد الادنى التي تقرر من وقت لآخر تطبيقا لهذه المعاهدة .)) ومن خلال عبارة النص في المادة ((33)) نجد أن الاتفاقية ألزمت الدول الموقعة على الاتفاقية بالاعتراف بالشهادات والصلاحيات الصادرة من أي دولة متعاقدة بشرط أن تكون تلك الشهادات موافقة للحد الأدنى المقرر في الاتفاقية أو أعلى من شروط الحد الأدنى إذا أقرت الاتفاقية تلك الشروط في وقت آخر.

هذا وقد نصت المادة ((39))من نفس الاتفاقية على وجوب اضافة كافة الاجراءات أو التفاصيل التي تخالف فيها الدولة الوضع القياسي وذلك بقولها((اضافات الى الاجازات والشهادات :

أ . كل طائرة أو جزء من طائرة له وضع قياسي دولي لصلاحيته للملاحة أو لتشغيله وكان ينقصه عند اصدار شهادة الصلاحية ما يجعله غير مطابق لذلك الوضع يجب أن يوضع في شهادة صلاحيته للملاحة أو في ملحق لها بيان كامل بالنقط التي يخالف فيها الوضع القياسي .

ب. كل شخص يحمل اجازة ولكن لا تتوافر فيه كل الشروط التي يتطلبها الوضع القياسي الدولي لدرجة الاجازة أو الشهادة التي يحملها يجب أن يوضع في اجازته أو في ملحق لها بيان كامل بنقط مخالفة شروط الوضع القياسي .)) وتأتي فائدة نص المادة السابقة من خلال نص المادة التي تليها والتي منعت كل طائرة أو عضو من الاشتراك في الملاحة الدولية مالم يصدر ترخيص من الدولة التي تحلق فوق أجوائها بإمكانية ذلك.

كما أن المادة ذاتها أتت بحكم آخر يتضمن ترك السلطة التقديرية لسلطات الطيران المدني في الدولة التي تطير الطائرة في أجوائها بمنح الترخيص اللازم من عدمه وهو ما يتبين بجلاء من خلال عبارتها في المادة (40)والتي تنص على ((صلاحية الاجازات والشهادات التي بها اضافات :لا يجوز لأية طائرة او عضو في هيئة قيادة طائرة ممن يحملون شهادات او اجازات بها اضافات ان يشتركوا في الملاحة الدولية الا اذا كان ذلك بترخيص من الدولة او الدول التي يطيرون فوقها .ويكون تسجيل واستعمال مثل هذه الطائرات او اجزاء الطائرات في دولة غير تلك التي تم بها التسجيل الاول متروك لتقدير الدولة التي دخلتها الطائرة او جزء الطائرة .))

ونستنتج مما سبق أهمية توافر الشروط اللازمة لتعيين الطاقم وما عناية المشرع بها إلا بيان واضح وجلي لمدى أهمية تلك الشروط وتعلقها بأمن وسلامة الطائرة.

الفقرة الثالثة : برامج التدريب واختبار كفاءة الطيارين :

نظم المشرع أحكام برامج التدريب لطاقم الطائرة وكيفية اختبار كفاءة الطيارين كالآتي :

1-أولا : برامج التدريب لطاقم الطائرة :-

لم يكتفي المشرع بالحصول على اجازات وشهادات الصلاحية بالنسبة لطاقم الطائرة بل شدد من حرصه من خلال اشتراط وضع برامج تدريب لأعضاء طاقم الطائرة على أن تكون تلك البرامج معتمدة من قبل سلطات الطيران المدني. وهذا ما يتضح جليا من خلال نص المادة (149)من قانون الطيران المدني والذي نص على ((برامج التدريب:على المستثمر أن يضع برامج تدريب لأعضاء أطقم طائرته وللمرحلين الجويين بما يضمن قيام كل منهم بواجباته على الوجه الصحيح، ويجب أن تعتمد هذه البرامج من سلطات الطيران المدني.))

ونفس النص ورد في المادة (80) من قانون الطيران المدني البحريني والتي جاء فيها ((على مشغل الطائرة أن يضع برامج تدريب لأعضاء أطقم طائرته وللمرحلين الجويين، بما يضمن قيام كل منهم بواجباته على الوجه الصحيح ،ويجب أن تعتمد هذه البرامج من شئون الطيران المدني)).

2-ثانيا : اختبار كفاءة الطيارين :-

تنص المادة (150) من قانون الطيران المدني اليمني على أن ((اختبار كفاءة الطيارين :

1- على كل مستثمر أن يتأكد من أن كفاءة الطيارين وكذلك قدراتهم على مواجهة أحوال الطوارئ أثناء الطيران قد اختبرت بطريقة عملية تؤكد القدرة المطلوبة.

2- في حالة القيام بالاختبارات المشار إليها، وفقاً لقواعد الطيران الآلي، يجب على المستثمر أن يتأكد من أن هذه الاختبارات قد تمت تحت إشراف طيار اختبار معتمد من سلطات الطيران المدني، أو بحضور من ينوب عنها.))ومن خلال دراسة المادة السابق نجد أن المشرع يعمل على متابعة أحوال طاقم الطائرة وذلك من خلال إخضاعهم للاختبار قبل أدائهم للأعمال المنوطة بهم .وعلى ذلك وبحسب نصوص القانون اليمني يجب قبل أن يبدأ الطيار بعمله أن يخضع للاختبار وفق المعايير الآتية : -

1- أن يكون موضوع الاختبار هو القدرة على تجاوز الأحوال الطارئة أثناء فترة الطيران.

2- أن تتم تلك الاختبارات تحت إشراف طيار معتمد من سلطات الطيران المدني ،أو بحضور من ينوب عنها.

3- اختبار تلك القدرات بطريقة عملية.

أما المشرع البحريني لم يشترط المعيار الثاني الوارد في نصوص القانون اليمني وهو ما يتضح لنا من خلال نص المادة رقم (81) والتي تنص على أن((على مشغل الطائرة أن يتأكد من أن كفاءة الطيارين وقدراتهم على مواجهة أحوال الطوارئ أثناء الطيران قد اختبرت بطريقة عملية تثبت القدرة المطلوبة لذلك)). ونحن نوصي المشرع البحريني بتعديل نص المادة (81) بحيث يتم إضافة فقرة ثانية تنص على وجوب خضوع الطاقم للاختبار تحت اشراف سلطات الطيران المدني بحيث يصبح نص المادة كالتالي ((1- على مشغل الطائرة أن

يتأكد من أن كفاءة الطيارين وقدراتهم على مواجهة أحوال الطوارئ أثناء الطيران قد اختبرت بطريقة عملية تثبت القدرة المطلوبة لذلك.

2- يجب على المستثمر التأكد من أن هذه الاختبارات تتم وفقاً لقواعد الطيران الآلي و تحت إشراف سلطات الطيران المدني ،أو بحضور من ينوب عنها))

الفقرةالرابعة : أوقات العمل والراحة وسجلات الطيران :

حدد المشرع أحكاما خاصة بأوقات العمل والراحة الخاصة بطاقم الطائرة كما أنه ذكر السجلات الخاصة بعمل الطاقم والحفاظ عليها كالتالي :

1-أولا : تحديد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة :

تنص المادة (151) على تحديد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة كالتالي :

((1- تضع سلطات الطيران المدني الأنظمة والتعليمات التي تحدد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة لأعضاء طاقم الطائرة.

2- مع مراعاة الأنظمة والتعليمات المشار إليها في الفقرة السابقة، على المستثمر الالتزام بأن تكون الفترات التي يطلب من أي من أعضاء طاقم الطائرة القيام بعمله خلالها على متن الطائرة أو يسمح له فيها بالقيام بهذا العمل أو بأية واجبات أخرى وكذلك فترات الراحة التي منحت له كفيلة بعدم تعرضه للإجهاد أثناء طيرانه، مما قد يهدد سلامة الطائرة وسلامته للخطر.))

من خلال نص المادة الآنف ذكرها يتضح لنا ما يلي :-

1- أن سلطات الطيران المدني هي الجهة المعنية بإصدار الأنظمة والتعليمات الخاصة بتحديد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة وذلك من خلال اللوائح التنفيذية والتنظيمية الصادرة عنها.

2- أن المستثمر يلتزم بالآتي : -

أ- مراعاة الأنظمة والتعليمات الصادرة عن سلطات الطيران المدني.

ب- عدم تعريض أعضاء طاقم الطائرة للإجهاد أثناء فترة الطيران من أجل عدم تعريض سلامة الطيران للخطر.

وبالعودة إلى المشرع البحريني نجد أن المادة(1/82) قد جعلت من شئون الطيران المدني الجهة المخولة بإصدار الأنظمة والتعليمات الخاصة بفترات العمل والراحة بقولها((تحديد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة :

1- تصدر شئون الطيران المدني الأنظمة والتعليمات التي تحدد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة لأعضاء طاقم الطائرة 2 -.....))

ونجد أن المشرع البحريني كان أكثر اختصارا من المشرع اليمني الذي نص على عدم جواز اجهاد طاقم الطائرة بحكم أن هذا الأمر من البديهيات التي تراعيها سلطات الطيران المدني أثناء تنظيمها لهذا الموضوع.

2- ثانيا : سجلات أوقات الطيران وفترات العمل :

تشددا في الرقابة على أعمال الطيران وأعضاء طاقم الطائرة أوجبت نصوص القانون على المستثمر بأن يقوم بالآتي : -

1- الاحتفاظ بسجل لكل عضو من أعضاء طاقم الطائرة على أن يكون ذلك السجل :

أ- كاملا ودقيقا .

ب- موضحا فترات العمل وأوقات الطيران.

ج- أن يكون ذلك التسجيل وفق للأنظمة والتعليمات الصادرة من السلطة المختصة .

2- الاحتفاظ بتلك السجلات بعد انتهاء فترة العمل لمدة خمس سنوات على الأقل.

وهو ما يتضح من خلال نص المادة (152) والتي تنص على أن((سجلات أوقات الطيران وفترات العمل:1- على المستثمر أن يحتفظ لكل عضو من أعضاء طاقم الطائرة بسجل كامل ودقيق موضحاً به أوقات الطيران وفترات العمل وفقاً للأنظمة والتعليمات التي تضعها سلطات الطيران المدني.

2-على المستثمر أن يحتفظ بهذه السجلات بعد انتهاء فترة عمل الطيران لكل عضو من أعضاء طاقم الطائرة وذلك لمدة خمس سنوات.))

أما المشرع البحريني فقد نص في المادة (2/82)على أن ((تحديد أوقات الطيران وفترات العمل والراحة :

1- .....

2- على مشغل الطائرة أن يحتفظ لكل عضو من أعضاء طاقم الطائرة بسجل كامل ودقيق، موضحا به أوقات الطيران وفترات العمل أو الراحة وفقا للأنظمة والتعليمات التي تصدرها شئون الطيران المدني))

وبالمقارنة بين نصوص القانون اليمني مع نظيره البحريني نجد أن المشرع اليمني كان أحرص على الاحتفاظ بتلك السجلات حتى بعد انتهاء فترة العمل من أجل توفير أدلة الاثبات في حال حصول أي نزاع وهو ما كان به المشرع اليمني موفقا من وجهة نظرنا ونحن نوصي المشرع البحريني بتحديد مدة يستوجب فيها على المستثمر الحفاظ على هذه السجلات وعدم ترك تحديد هذه المدة للأنظمة والتعليمات.

الفرع الثاني : التزامات طاقم الطائرة

نص القانون على التزامات وواجبات يلتزمها جميع أعضاء طاقم الطائرة أو بعضهم نسردها حسب ما وردت في القانون كالآتي :-

1-**أولا :الالتزام بالبقاء في أماكنهم أثناء الطيران :**

نصت المادة (159) من قانون الطيران المدني اليمني على أن ((بقاء أعضاء طاقم الطائرة في أماكنهم: لا يجوز لأي عضو من أعضاء طاقم الطائرة أن يغادر مكانه أثناء الطيران أو أن يتحلل من حزام المقعد إلاَّ عند الضرورة أو لإنجاز مهام مرتبطة بعمليات الطيران. وعلى كل عضو من أعضاء طاقم الطائرة طوال مرحلتي الإقلاع والهبوط أن يظل في مكانه وأن يحتفظ بحزام المقعد وشرائط الكتفين مربوطة حوله ويجوز لمن لا يشغل مقعد طياران يتحلل من شرائط الكتفين فقط إذا كانت تعيقه عن أداء المهام المنوطة به بحرية.) ونستكشف من هذه المادة بأن البقاء في المقعد المخصص لعضو الطاقم أمر واجب ويستثنى من ذلك أمرين هما:-

أ- حالة الضرورة .

ب- انجاز مهام مرتبطة بعمليات الطيران.

2-ثانيا :الالتزام باستعمال أجهزة القيادة للمختص ومنعها عن غير المختص :

اشترط المشرع اليمني للقيام بقيادة أجهزة الطائرة أمرين هما :-

1- أن يكون الشخص مؤهلا للقيادة.

2- أن يكون مكلفا من قبل المستثمر.

وهذا ما يتضح لنا من خلال نص المادة (160) من القانون كالآتي ((استعمال أجهزة القيادة:

لا يجوز لأي شخص أن يستعمل أجهزة قيادة الطائرة أثناء طيرانها إلا إذا كان طياراً مؤهلاً ومكلفاً من قبل المستثمر بذلك.))وبالتالي فإذا توافر شرط التأهيل ومن ثم التكليف فإن الأمر يتحول إلى الوجوب بموجب ذلك التكليف المبني على الرابطة العقدية من الطيار والمستثمر أو مؤسسة الطيران.

3-ثالثا : الالتزام بدخول غرفة القيادة للمختص وعدم الدخول لغير المختص:-

نصت المادة (161) من القانون على أن ((دخول غرفة القيادة:1- لا يجوز لأي شخص أن يدخل غرفة قيادة الطائرة إلاَّ إذا كان عضواً من أعضاء طاقمها، أو مفتشاً أو مراقباً معيناً من قبل سلطات الطيران المدني ، أو شخصاً مكلفاً من قبل المستثمر أو سلطات الطيران المدني بالقيام بعمل محدد أثناء الرحلة، ويشترط في الحالة الأخيرة إعلام قائد الطائرة. ولا يحد ذلك بأي حال من سلطة قائد الطائرة في أحوال الطوارئ من أن يمنع أي شخص من دخول غرفة القيادة، أو أن يخرج أي شخص منها ، إذا رأى أن سلامة الطائرة تتطلب ذلك.

2- يجب أن يكون لكل شخص مصرح لـه بدخول غرفة القيادة مقعدا بالطائرة ، وأن لا يتجاوز عدد الأشخاص الموجودين في غرفة القيادة في آن واحد عدد المقاعد المحددة في شهادة صلاحية الطائرة للطيران.))

وبالتالي فإن هذا المنع يسري في حق كل شخص لا يكون عضوا في هيئة القيادة عد المفتشين أو المراقبين المعينين من قبل السلطات المختصة ومع ذلك يجب أن لا يتجاوز عدد المقاعد عدد الأشخاص الموجودين في غرفة القيادة في آن واحد.

4-رابعا :الالتزام بعدم تقديم المشروبات الكحولية :-

حيث نصت المادة (165) على أن ((المشروبات الكحولية:

1- .....

2- لا يجوز لأي عضو من أعضاء طاقم الطائرة أن يقدم لأي شخص على متنها مشروبات كحولية.

5-خامسا : التزامات أخرى تقع على عاتق قائد الطائرة منها :

أ- التبليغ عن أخطار الطيران.

ب- التبليغ عن أعطال أجهزة الطائرة.[1]

ونخلص هنا إلى القانون قد نص على العديد من الالتزامات التي يجب على طاقم الطائرة التزامها ومن تلك الالتزامات : الالتزام بالبقاء في أماكنهم أثناء الطيران ، الالتزام باستعمال أجهزة القيادة للمختص ومنعها عن غير المختص ، الالتزام بدخول غرفة القيادة للمختص وعدم الدخول لغير المختص ، الالتزام بعدم تقديم المشروبات الكحولية ، والواجب ذكره بأن تلك الالتزامات واردة على سبيل المثال لا الحصر بحيث يمكن أن اسناد مهام أخرى للطاقم بحسب مقتضيات ومتطلبات العمل من ناحية كما أنه يمكن اسناد مهام أخرى في حالة الطوارئ التي تستدعيها سلامة وأمن الرحلة .

المبحث الثاني : قائد الطائرة :

لكي تتم الرحلة الجوية لابد من تنظيم بين أعضاء الطاقم من ناحية وبين الإدارة والركاب أثناء الرحلة الجوية. والقيام بمهمة التنظيم يقتضي تواجد شخص يقوم بمهام عديدة ويعمل على القيام بجميع المهام التي تستلزمها هذه المهمة والتي قد تتفرع إلى مهام فنية وإدارية وتنظيمية وتجارية ،وهذا الشخص هو **"قائد الطائرة"** أو كما يسمى في القانون الفرنسي **"بالكومندان"** أو في العرف الجوي **"الكابتن"**.

كل تلك السلطات جعلت من البعض يقول بأن القائد هو ((السيد بعد الإله)) في اطار الرحلة الجوية التي يقوم بها وذلك كناية عن أهمية دوره و وجوب اتباع جميع من على متن الطائرة عليه .فمن هو قائد الطائرة؟

[1] سيتم دراسة تلك الالتزامات في الجزء الخاص بقائد الطائرة.

وما هي مهامه؟ وهل هناك مسؤولية يمكن من خلالها مساءلته هذا ما سنعرفه من خلال دراستنا لقائد الطائرة من خلال ما يأتي :

المطلب الأول : التعريف بقائد الطائرة :

لم يختلف الفقه القانوني على تعريف قائد الطائرة أو بالأصح فإن الفقه القانوني من خلال الكتب المعدودة التي قام الباحث بالاطلاع عليها لم تذكر تعريفاً جامعاً ومانعاً تبين فيه معنى قائد الطائرة عائدين بذلك إلى التشريع الصادر عن السلطة التشريعية والذي قام بتفسير معنى قائد الطائرة إلى جانب العديد من المفاهيم التي تحتاج إلى توضيح وبيان ذلك كما هو المعتاد ذكره في المواد الأولى من أي قانون يوضح بعض المصطلحات التي يُعتقد بأنها ستكون محل خلاف في التفسير عند التطبيق. وبالتالي فإننا إذا أردنا القيام بتعريف قائد الطائرة سنعود إلى التشريعات الصادرة عن العديد من الدول .والبداية من التشريع اليمني والذي عرف قائد الطائرة في المادة (17/1)من قانون الطيران المدني بأنه((قائـد الطائـرة: الطيار المسؤول عن تشغيل وسلامة الطائرة أثناء فترة الطيران.)) أما المشرع البحريني فقد ذكر تعريف قائد الطائرة في المادة (40/1) بقوله ((قائد الطائرة : الطيار المسئول عن تشغيل وسلامة الطائرة أثناء فترة الطيران وحائز على إجازة سارية المفعول)). أما المشرع السعودي فقد ذكر تعريف قائد الطائرة في مورد النص رقم (22/1) بقوله ((قائد الطائرة : الطيار المسؤول عن تشغيل الطائرة وسلامتها أثناء فترة الطيران))

ونحن نذهب إلى ما ذهب إليه التشريع البحريني في تعريفه والذي بين فيه وجوب حصول قائد الطائرة على اجازة سارية المفعول وهو ما أغفله المشرع اليمني والسعودي في مورد ذكرهم لمفهوم قائد الطائرة.وعلى ذلك نذهب إلى تعديل الفقرة(17) المادة (1) من قانون الطيران المدني اليمني بحيث يتم تعريف قائد الطائرة بأنه ((الطيار المسؤول عن تشغيل وسلامة الطائرة أثناء فترة الطيران وحائز على اجازة سارية المفعول.))

أما من ناحية الفقه القانوني سنحاول الاجتهاد واستنباط تعريف من خلال استقراء مهام عمل قائد الطائرة ،وعلى ذلك يمكن تعريف قائد الطائرة بأنه :- الشخص المسؤول عن تشغيل الطائرة وأمنها و سلامتها والذي يقع على عاتقه أداء العديد من المهام الفنية والإدارية والتجارية.

المطلب الثاني : مهام قائد الطائرة :

عرفنا بأن الطائرة تشكل مجتمعا منفصلا عن المجتمع الذي تنتمي إليه أو يمكن القول بأنها مجتمع متنقل يضم فيه العديد من الأشخاص الذين يرغبون في السفر أو يقومون من خلالها بنقل بضائعهم بطريقة سريعة مقارنة بطرق ووسائل النقل الأخرى. وأي مجتمع يحتاج إلى تنظيم وسلطة تدير كافة ما يحدث و تقسيم للمهام التي يحتاجها وتعاون وتنسيق فيما بينهم من أجل الوصول إلى غاية الأمن وتغطية احتياجات البشر دون أي فوضى أو اعتداء على حقوق الآخرين وممتلكاتهم. وعلى ذلك فإن الطائرة تحتاج إلى ما يحتاج إليه المجتمع وهي في خطورة استخدامها تحتاج إلى تنسيق واضح يبين فيه دور كل فرد من أعضاء الطاقم وهي كذلك في حاجة إلى

شخص يقود دفتها ويستند إليه وعليه في اتخاذ القرارات الهامة التي تجعل الطائرة في منأى عن عبث الآخرين وتسلطهم واهدارهم لأمن وسلامة الآخرين وهذا ما نصت عليه نص المادة (122) بقولها : ((التدخل في أعمال هيئة القيادة والعبث بالطائرة:يحظر على أي شخص أثناء فترة الطيران أن يتدخل في أعمال أي عضو من أعضاء هيئة القيادة، أو يعوقه عن عمله، كما يحظر على أي شخص العبث بأي جزء من أجزاء الطائرة أو معداتها، أو ارتكاب أي عمل من شأنه تعريض سلامة الطائرة أو طاقمها أو ركابها للخطر.))وكما قلنا فإن الطائرة تحتاج إلى تقسيم دقيق وواضح يبين فيه اختصاص كل عضو فيها بما فيهم القائد.

وعلى ذلك فإننا حين نصل إلى الحديث عن مهام قائد الطائرة فإننا سنذكر التزامات قائد الطائرة كما هي واردة في القانون بالتحديد كالآتي :

الفرع الأول : الوظيفة الفنية :-

وتعتبر هذه الوظيفة أهم وظائف قائد الطائرة ويمكن تعريفها بأنها " الوظيفة المتعلقة بالتأكد من صلاحية الطائرة قبل طيرانها و اتباع الوسائل الفنية في قيادتها أثناء الطيران والهبوط ومن تسليم التقارير المطلوبة بعد هبوطها ".وعلى ضوء التعريف السابق يمكن تقسيم المهام والوظائف الفنية لقائد الطائرة كالتالي:-

1-الفقرة الأولى : مهام تتعلق بالتأكد من صلاحية الطائرة قبل اقلاعها :-

تنص المادة (124)من قانون الطيران المدني اليمني على ((مراعاة تصاريح وتعليمات مراقبة الحركة الجوية :يجب على قائد الطائرة الالتزام ببرنامج الرحلة الساري المفعول، والتقيد بكافة تصاريح وتعليمات مراقبة الحركة الجوية،.....)) ومن خلال نص المادة السالف ذكرها يتضح لنا بأن قائد الطائرة ملزم ببرنامج الرحلة الساري ،وهو ما يجعل من قائد الطائرة ملزما بالعديد من الالتزامات قبل اقلاع الطائرة ،وتلك الالتزامات حددتها المادة (126) من قانون الطيران المدني كالتالي:- ((على قائد أية طائرة قبل الإقلاع لرحلة معينة القيام بالآتي:أ-التأكد من إمكان إتمام الرحلة بسلام طبقاً للقواعد والأنظمة المقررة في هذا الشأن بما في ذلك الإجراءات البديلة إذا ما تعذر إتمام الرحلة وفقاً لما هو مقرر في برنامج الرحلة.

ب- التأكد من تزويد الطائرة بكمية الوقود اللازمة للرحلة.

ج-دراسة دقيقة لما يتوفر من التقارير والتنبؤات الجوية السارية والمعلومات الملاحية الخاصة بالرحلة.

د- التأكد من إتمام إجراءات صلاحية الطائرة.

ه- قيام كل عضو من أعضاء طاقم الطائرة بتطبيق نظام المراجعة المقرر إجراؤه قبل بدء الرحلة.)).ومن هذا المنطلق فإن سلطات قائد الطائرة تستوجب عليه التأكد من الأمور السابق ذكرها ويمكن له إيقاف أو تأجيل الرحلة في حال لم يتم مراعاة تلك الأمور من قبل المستثمر .

كذلك ما نصت عليه المادة (163) من قانون الطيران المدني[1] من وجوب التأكد من اصلاح ما تم تدوينه من ملاحظات سبق تدوينها في السجل الفني للطائرة.

2-الفقرة الثانية : مهام تتعلق بمراعاة الأصول الفنية في قيادتها أثناء الطيران :-

ولأن الطائرة في حاجة إلى خبرة وتأهيل وتدريب من أجل استعمالها فقد استوجب القانون مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق القائد والتي يقوم من خلالها بمراعاة تلك الأصول الفنية يمكن ذكرها كالآتي :-

1- الالتزام بتعليمات مراقبة الحركة الجوية :-

وهذا الالتزام قد جاء في نص المادة(124) من قانون الطيران المدني كالآتي:- ((يجب على قائد الطائرة الالتزام ببرنامج الرحلة الساري المفعول، والتقيد بكافة تصاريح وتعليمات مراقبة الحركة الجوية. ولا يجوز له أن يحيد عنها إلاَّ في الحالات الاضطرارية التي تستدعى التصرف الفوري، وعليه في مثل هذه الحالات أن يخطر وحدة مراقبة الحركة الجوية المختصة بذلك في اقرب فرصة ممكنة، وان يحصل إذا ما اقتضى الأمر على تصريح معدل.))

وبالتالي فإن على قائد الطائرة الالتزام بتلك التعليمات عدا في حالة الاضطرار والتي اشترط القانون للعمل بها الآتي : -

1- أن تكون الحالة ضرورية تستدعي التصرف الفوري.

2- ابلاغ وحدة مراقبة الحركة الجوية في أقرب فرصة ممكنة.

3- الحصول على تصريح معدل في حال اقتضى الأمر ذلك.

2- الالتزام بالأنظمة المتعلقة باستعمال المطار وقواعد الحركة الجوية :-

وهذا الالتزام نصت عليه المادة (125) كالتالي ((الحركة الجوية في المطارات وحولها:

يجب على قائد الطائرة العاملة ضمن حركة المطار أو في جواره، أن يتقيد بالأنظمة المتعلقة باستعمال المطار وقواعد الحركة الجوية. كما يجب عليه اتباع الأوامر والتعليمات الصادرة إليه من السلطات المختصة.))

3- الالتزام بالاستجابة للتعليمات أو الأمر بالهبوط :-

تنص المادة رقم (127) من قانون الطيران المدني اليمني على ((مادة (1/127) استجابة قائد الطائرة للتعليمات أو الأمر بالهبوط :1-على كل قائد طائرة وطنية تطير في أجواء أجنبية الاستجابة لأي تعليمات أو أمر بالهبوط في مطار معين، إذا ما اعتبرت السلطات الأجنبية، بما لها من سيادة على فضائها الجوي، أن الطائرة

[1] مادة (163) تنص على ((التبليغ عن أعطال أجهزة الطائرة: على قائد الطائرة أن يدون في السجل الفني للطائرة أي عطل أو أداء غير عادي لأي من أجهزة الطائرة قد يحدث أو يلاحظ أثناء الرحلة. وعليه قبل بدء الرحلة أن يتأكد مما تم بشأن أية أعطال أو ملاحظات سبق تدوينها في السجل الفني للطائرة في رحلتها السابقة.))

تطير فوق إقليمها بدون حق، أو إذا ما توافر لديها من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن الطائرة تستخدم لأي غرض لا يتفق مع الأغراض الواردة في اتفاقية شيكاغو 1944م.

2- .....)) وهنا من أجل ان يكون قائد الطائرة بالاستجابة لطلب الهبوط لابد من توافر الشروط التالي ذكرها:-

1- أن تكون الطائرة في أجواء أجنبية.

2- توجيه أمر لقائد الطائرة بالهبوط: فإذا لم تقم الدولة الأجنبية بتبليغ قائد الطائرة بذلك فهي بذلك تفقد حقها في التأكد من الأغراض الواردة في اتفاقية شيكاغو 1944م.

3- أن تكون الطائرة تطير فوق إقليمها بدون حق أو توافر سبب معقول يسوغ طلب الهبوط بالاعتقاد أن استعمال الطائرة جاء مخالفا لما ورد في نصوص اتفاقية شيكاغو.

4 – الالتزام بعدم مخالفة الأغراض المتفق عليها وفق اتفاقية شيكاغو 1944 :-

وهذا ما جاء في مورد نص المادة (2/127) حيث أنها نصت على ((استجابة قائد الطائرة للتعليمات أو الأمر بالهبوط :

1- .....

2- لا يجوز لأي قائد طائرة وطنية أن يقوم عامداً متعمداً باستخدامها لأي غرض لا يتفق مع الأغراض الواردة في اتفاقية شيكاغو 1944م.))

ومن خلال نص هذه المادة نستكشف بأن معرفة اتفاقية شيكاغو 1944م يدخل ضمن الواجبات الضمنية لقائد الطائرة والقول بغير ذلك يجعل من أغراض الاتفاقية مجهولة بحسب نص المادة وهو ما لا نذهب إليه.

5- الالتزام بالتبليغ عن الحالة الجوية السيئة أو الأداء الغير عادي لمساعدات الملاحة الجوية:-

والمادة (162) من قانون الطيران المدني اليمني نصت على أن ((التبليغ عن أخطار الطيران:

إذا صادف قائد الطائرة أثناء طيرانه أية أحوال جوية غير عادية أو لاحظ أداء غير عادي لمساعدات الملاحة الجوية مما قد يشكل خطورة على الطيران، فعليه أن يبلغ وحدة خدمات الحركة الجوية المختصة عن هذه الأحوال، وعليه أن يخطر عن أية أحوال أخرى قد تشكل خطراً على سلامة الطيران))ويجب على قائد الطائرة حسب هذه المادة أن يمر بالمراحل التالية

1) مرحلة الملاحظة :- وهنا قد يلاحظ قائد الطائرة توافر حالة جوية غير عادية أو أداء غير عادي لمساعدات الملاحة الجوية أو أية أحوال تشكل خطرا على سلامة الطيران.
2) مرحلة التبليغ: ويجب على قائد الطائرة أن يبلغ وحدة خدمات الحركة الجوية في حال توافر هذه الحالة.

6- الالتزام بالطيران وفق قواعد الجور وأنظمة الحركة الجوية :-

وهذا الالتزام وارد مورد النص رقم (1/128) من قانون الطيران المدني اليمني والذي جاء بالصيغة التالية ((الطيران طبقاً لقواعد الجو وأنظمة الحركة الجوية:

1- في جميع الأحوال، يجب على قادة الطائرات استخدامها طبقاً لقواعد الجو وأنظمة الحركة الجوية المقررة في هذا الشأن ، وعلى النحو الذي يمكنها من تفادي التصادم بالطائرات، أو تعريض سلامة الملاحة الجوية أو الأشخاص والممتلكات على سطح الأرض للخطر.

2- .....))

و – الالتزام بالطيران بعيدا عن السفن وذلك بالنسبة للطائرات التي تطير بالقرب من الماء :-

وهذا ما جاء في مورد النص رقم (2/128) من قانون الطيران المدني اليمني والتي نصت على الآتي :- ((الطيران طبقاً لقواعد الجو وأنظمة الحركة الجوية:

1- .....

2- على كافة الطائرات التي تطير بالقرب من الماء الالتزام بالبعد عن السفن وعدم تعريض سلامتها للخطر.))

ز- الالتزام بتدوين أي أعطال أو أداء غير عادي أثناء الرحلة :-

وهذا ما جاء في نص المادة (163) كالتالي :- ((التبليغ عن أعطال أجهزة الطائرة: على قائد الطائرة أن يدون في السجل الفني للطائرة أي عطل أو أداء غير عادي لأي من أجهزة الطائرة قد يحدث أو يلاحظ أثناء الرحلة. وعليه قبل بدء الرحلة أن يتأكد مما تم بشأن أية أعطال أو ملاحظات سبق تدوينها في السجل الفني للطائرة في رحلتها السابقة.))

7- الالتزام بمراعاة الأصول الفنية في هبوط الطائرة :-

وهذا الالتزام ذكره الفقه ضمن وظائف قائد الطائرة الفنية على اعتباره من البديهيات التي يجب أن يلتزم بها قائد الطائرة من أجل أن يصل إلى الوجهة المراد الوصول إليها بأمان و سلام .

ويقتضي هذا الالتزام أن يراعي قائد الطائرة السرعات ومستويات الانخفاض ،و أن يتبع تعليمات برج المراقبة وإشارات وأنوار الملاحة الجوية بما يحقق هبوط الطائرة بسلام في مطار الوصول.[1]

[1] حمد الله محمد حمد الله ، مرجع سابق ، ص75.

3-الفقرة الثالثة : مهام تتعلق بتسليم التقارير بعد الهبوط :-

ويقضي هذا الالتزام بتسليم التقرير الخاص بالرحلة إلى جانب كافة البيانات المدونة المطلوبة أثناء الرحلة ،يعلن فيها القائد إتمام الرحلة وإنهاء خطة الطيران(الملحق الثاني من اتفاقية شيكاغو).[1]

الفرع الثاني : الوظيفة التجارية :

ويمكن تعريف تلك الوظيفة بأنها "مشاركة قائد الطائرة في الإدارة التجارية للمشروع "[2] .

ويمكن تعريفه كذلك بأنها " المهام التي يقوم بها قائد الطائرة مشاركا فيها بالعملية التجارية باعتباره نائبا قانونيا عن المستثمر"ويمكن تلخيص دور قائد الطائرة التجاري في الآتي:-

1- المحافظة على الركاب والبضائع .

2- تسليم المشحونات للمرسل إليهم مقابل أجرة النقل إن لم تكن دفعت عند الشحن ، لذلك فقائد الطائرة يكون أمينا على الطائرة ومسئولا على المشحونات . [3]

وقد تقلصت أدوار قائد الطائرة المتعلقة بهذا الجانب نظرا لتعيين وسيط أو نائب قانوني مختص في هذا الجانب وهو ما يظهر جليا من خلال مطالعة نصوص القانون اليمني والذي لم ينظم تلك السلطات بعكس ما هو وارد في القانون الفرنسي والذي نظم اختصاصات قائد الطائرة بوصفه ((أمينا للطائرة)).

وتكييف العلاقة بين قائد الطائرة والمستثمر في هذه الحالة اعتبار قائد الطائرة نائبا قانونيا عن المستثمر يقوم بالنيابة عنه بتسليم البضائع إلى المرسل إليه وتسلم بوليصة الشحن منه .وهو في قيامه بهذا الدور يختلف عن دوره باعتباره تابعا للمستثمر أو مؤسسة الطيران وبالتالي فهو يمارس كافة التصرفات التجارية عدا تلك المتعلقة ببيع أو رهن الطائرة فهو بحاجة إلى توكيل خاص من قبل صاحب الشأن للقيام بمثل هذا التصرف.

الفرع الثالث : الوظيفة الإدارية :

لم يذكر قانون الطيران المدني اليمني[4] تعريفا لهذه الوظيفة وبالتالي يمكن تعريف هذه الوظيفة بأنها "مجموعة السلطات الممنوحة لقائد الطائرة قبل رجال الطاقم وركاب الطائرة ،وذلك على أساس أن الكومندان[5] هو المسئول عن أمن وسلامة الطائرة ومن عليها .[6] والسلطة التي يستمدها قائد الطائرة هي سلطة منبعها القانون بداية من نص المادة (121)من قانون الطيران المدني والتي تنص على ((مسئولية وسلطة قائد الطائرة :قائد

---

[1] نفس المرجع.

[2] نفس المرجع ،ص 72 ، مع تغيير لفظ الربان الوارد في الكتاب وذلك لما نراه من خصوصية لهذا القانون واختلاف مسمياته عن القانون البحري وقواعده.

[3] د.معن القضاة ، مرجع سابق ،ص58.

[4] وكذلك لم يرد تعريف لدى القانون البحريني والسعودي حسب اطلاعنا.

[5] قائد الطائرة.

[6] حمد الله محمد حمد الله ، المرجع السابق ، ص75 .

الطائرة مسئول عن تشغيل الطائرة وسلامتها بمن عليها أثناء فترة الطيران، ويتمتع بسلطة كاملة في اتخاذ أي إجراءات أو تدابير لازمة لتأمين سلامة الطائرة وما تحمله من أشخاص وممتلكات، وحفظ النظام وإقرار الانضباط على متنها حيثما تكون الطائرة، وعليه مراعاة تطبيق القواعد المعمول بها في هذا الشأن.))

ويمكن القول بأن سلطة قائد الطائرة في هذا الموضع تعود إلى اعتباره صاحب أعلى منصب في داخل الطائرة وبالتالي فإنه يكون مخول باتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير تحافظ على أمن وسلامة الطائرة.وقد بين القانون تلك السلطات في الفصل الثاني من الباب الرابع عشر من القانون والتي يمكن سردها وشرحها كالتالي :-

1- **أولا** : تنص المادة (253) من قانون الطيران المدني على أن ((التدابير الوقائية وتقييد الحرية:- يجوز لقائد الطائرة إذا تبين له أن شخصا قد ارتكب على متن الطائرة إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو في الاتفاقيات الدولية المصدق عليها أو المنضمة إليها الجمهورية أو شرع في ارتكاب أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر أن يتخذ ضده ما يراه من تدابير ضرورية ووقائية أو القبض عليه ،ويجوز له أن يأمر باقي أعضاء الطاقم أو أن يأذن لهم بمعاونته في ذلك ،كما يجوز له أن يطلب تلك المعاونة من الركاب أو يأذن لهم بها إلا إنه لا يجوز له إجبارهم على ذلك.))

ونستنتج من أحكام المادة (253) الآتي :

1-يجوز لقائد الطائرة اتخاذ أحد التدابير الوقائية أو ممارسة القبض في الحالات الآتية :-

أ- اذا ارتكب أحد الجرائم المنصوص عليها في قانون الطيران المدني.

ب- اذا ارتكب أحد الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المصدق عليها أو التي تنضم إليها الجمهورية.

ت- إذا شرع في ارتكاب أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر.

ونلاحظ أن هذه المادة استعملت لفظ (يجوز) مما يوحي أن استعمال سلطة القائد في حال ارتكاب أي فعل مخالف للقانون أو الاتفاقيات أو أي فعل مخل بأمن الطائرة يعود لسلطته التقديرية وهو ما يتنافى مع الغرض من هذه المادة وكذلك مع الواقع .

ونرى أن يتم استبدال كلمة (يجوز) بكلمة (يجب) بحيث يصبح نص المادة (253) كالتالي :- ((يجب على قائد الطائرة إذا تبين له أن شخصا قد ارتكب على متن الطائرة إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو في الاتفاقيات الدولية المصدق عليها أو المنضمة إليها الجمهورية.....))

2-يقع على أعضاء الطاقم الاستجابة لأوامر القائد في اتخاذ أحد التدابير أو القبض على المخالفين وكذلك لا يجب عليهم التدخل حتى يأذن لهم قائد الطائرة وهو في ذلك يستعمل سلطته التقديرية بحسب ظروف الواقع مراعيا في استعمال سلطته استجابة من يقع عليه القبض أو يرتكب أحد الجرائم المنصوص عليها.

3-يجوز لقائد الطائرة أن يأذن للركاب بالمساعدة في اتخاذ أحد التدابير أو القبض على أحد المجرمين ووله كذلك أن يطلب منهم ذلك لكن لا يجوز له أن يجبرهم على تقديم المساعدة في حال رفضهم تقديمها.

2-**ثانيا** : تنص المادة (254) من قانون الطيران المدني اليمني على أن ((الاستمرار في تقييد الحرية ووجوب الأخطار :- 1- لا يجوز الاستمرار في اتخاذ اجراءات تقييد الحرية التي فرضت على شخص ما تطبيقا لأحكام المادة السابقة ، فيما وراء أي نقطة تكون الطائرة قد هبطت فيها إلا :-

أ- إذا كانت هذه النقطة واقعة في إقليم دولة غير متعاقدة وترفض سلطاتها السماح بإنزال هذا الشخص ، أو إذا كانت هذه الاجراءات قد اتخذت لغرض تمكين تسليم الشخص المذكور للسلطات المختصة.

ب- في حالة هبوط الطائرة هبوطا اضطراريا ، وعدم تمكن قائد الطائرة من تسليم ذلك الشخص للسلطات المختصة.

ج- في حالة موافقة الشخص المذكور على استمرار طيرانه مقبوضا عليه.

2- يحظر اتخاذ اجراءات تقييد الحرية إذا كان الغرض منها تمكين سلطات دولة أجنبية من القبض على ذلك الشخص .))ومن الواضح بأن هذه المادة تتحدث عن حالة اتخاذ أحد التدابير الخاصة بتقييد الحرية المسموح بها حسب نص المادة (253) وهي تعتبر أحد الضمانات التي تضمن عدم التعسف في استعمال السلطة التقديرية التي يمتلكها قائد الطائرة .أي أن هذه المادة تأتي كخطوة ثانية بعد الخطوة المنصوص عليها في المادة (253) وهي تعمل على تعريف قائد الطائرة بما هو واجب عليه بعد اتخاذ أحد التدابير المنصوص عليها.

ويمكن أن نستخلص الأحكام القانونية من المادة (254) السالف ذكرها كالتالي : -

1-نصت الفقرة الثانية من المادة (254) على عدم جواز اتخاذ التدبير الخاص بتقييد الحرية إذا كان الغرض من ذلك التقييد تسليم الشخص الواقع عليه الاجراء إلى سلطات دولة أجنبية.

أي أننا في ظل هذا الحكم نمنع حصول حالة تقييد الحرية منذ البداية لأن الغرض منها قد يمس سيادة الدولة.

2-في حالة اتخاذ اجراء تقييد الحرية فإنه يجب على قائد الطائرة تسليم من يقع عليه الاجراء عند أقرب نقطة تهبط إليها الطائرة إلا في الحالات الآتية:-

أ- إذا كانت تلك النقطة واقعة في إقليم دولة غير متعاقدة حيث ترفض سلطات تلك الدولة السماح لقائد الطائرة بتسليم الشخص الواقع عليه الاجراء.

ب- إذا كان الغرض المتخذ من تقييد الحرية هو تسليم الشخص إلى السلطات المختصة .

ج-حالة الهبوط الاضطراري مع عدم تمكن قائد الطائرة من تسليم الشخص المذكور إلى السلطات المختصة.

د- حالة موافقة الشخص على استمرار الطيران وهو في حالة القبض عليه.

3- ثالثا : فيما يخص تسليم أي شخص متهم بجريمة أو الشروع فيها بما يخل بسلامة وأمن الطائرة فقد نظم المشرع هذا الأمر من خلال المادتين (255) و (256) ،و ويمكن مناقشة أحكام هاتين المادتين كالتالي :-

أ- تنص المادة رقم (255) من قانون الطيران المدني على الآتي :- ((حق قائد الطائرة في إنزال المتهم:1- يجوز لقائد الطائرة ، كلما كان ذلك ضروريا ، إنزال أي شخص على متنها ، في إقليم أي دولة تهبط فيها الطائرة ، وذلك إذا ما ثبت لديه ، استنادا إلى أسباب معقولة ، انه قد ارتكب أو شرع في ارتكاب أي من الجرائم أو الأفعال المشار إليها في هذا الباب ، أو أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر.2 -على قائد الطائرة تقديم تقرير إلى سلطات الدولة التي يتم فيها إنزال المتهم ، طبقا لهذه المادة ، مع بيان حقائق ذلك وأسبابه.))وهذه المادة تناقش سلطات قائد الطائرة في انزال المتهم متى رأى ضرورة ذلك وفي إقليم أي دولة تهبط لها الطائرة وذلك في حال توافر الأسباب التي تسوغ لقائد الطائرة القيام بذلك.

ويمكن أن نقول بأن هذه السلطة التقديرية تكون رهين توافر العديد من الأمور منها :

1) توافر حالة الضرورة كأن يكون بقاء المتهم على متن الطائرة سيزيد من سوء الأوضاع القائمة.

2) ارتكاب المتهم أحد الأفعال التي ينص القانون على تجريمها أو التي تعرض أمن وسلامة الطائرة للخطر.

3) تقديم تقرير إلى سلطات الدولة التي يتم انزال المتهم فيها على أن يكون ذلك التقرير شاملا كافة الحقائق ومبينا لها وموضحا لأسبابها.

ولنا هنا ملاحظة على النص القانوني السالف ذكره والذي استعمل فيه لفظ "انزال المتهم " وكان الأولى أن يتضمن لفظ "تسليم المتهم" لأن لفظ التسليم يتضمن معنى الانزال وكذلك تمكين سلطات الدولة من هذا المتهم بعكس اللفظ الأول الذي لا يتضمن إلا معنى الانزال دون التمكين من التسليم .

ب- تنص المادة (256) من قانون الطيران المدني على أن ((تسليم المتهم للسلطات المختصة:1- إذا اعتقد قائد الطائرة استنادا إلى أسس معقولة أن شخصا قد ارتكب على متن الطائرة إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنضمة إليها الجمهورية أو أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر أو أحد الأفعال التي يعتبرها (من وجهة نظره) مكونة لجريمة جسيمة طبقا لقانون العقوبات ، يجوز له أن يقوم بتسليمه للسلطات المختصة في أية دولة متعاقدة تهبط فيها الطائرة.2- على قائد الطائرة أن يقوم في اقرب وقت ممكن بإخطار سلطات الدولة المتعاقدة التي ستهبط الطائرة على إقليمها وبها شخص يرى تسليمه ، طبقا لحكم الفقرة السابقة ، برغبته هذه ، مع بيان أسباب ذلك ، على أن يتم هذا الإخطار قبل هبوط الطائرة كلما أمكن ذلك .))

والمادة السالف ذكرها لا تختلف في أحكامها عن أحكام المادة (255) حيث أن لكليهما نفس المعنى الذي يناقش حالة ترك المتهم في حال ارتكابه أحد الجرائم المنصوص عليها أو الأفعال المخلة بأمن وسلامة الطائرة .

رغم ذلك يوجد بعض الاختلاف الجزئي ونحن سوف نشير إلى بعض الاختلافات الجزئية في بعض الاجراءات والألفاظ المستعملة كالتالي :0

1) المادة (255) ذكرت لفظ انزال المتهم.

المادة(256) ذكرت لفظ تسليم المتهم وهو لفظ أدق كما أشرنا سابقا.

2) المادة (255) جعلت الانزال في إقليم أي دولة تهبط إليها الطائرة.

المادة (256) حصرت التسليم في إقليم دولة متعاقدة والحكم الأخير أدق من الناحية القانونية خاصة وأن الدول غير المتعاقدة لا تكون ملزمة باستلام شخص مشتبه فيه.

3) المادة (255) لم تنص على اخطار سلطات الدولة التي سوف تهبط فيه الطائرة بوجود متهم يراد تسليمه.

المادة (256) نصت على اخطار السلطات التي سوف تهبط فيه الطائرة بالرغبة في تسليم المتهم كلما أمكن ذلك.لذلك نحن نذهب إلى اعادة صياغة المادتين من خلال الدمج على أن تكون صياغة المادة كالتالي((تسليم المتهم للسلطات المختصة :

1- إذا اعتقد قائد الطائرة استنادا إلى أسس معقولة أن شخصا قد ارتكب على متن الطائرة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة (253)، يجوز له أن يقوم بتسليمه للسلطات المختصة في أية دولة متعاقدة تهبط فيها الطائرة كلما كان ذلك ضروريا.

2- على قائد الطائرة أن يقوم في أقرب وقت ممكن بإخطار سلطات الدولة المتعاقدة التي ستهبط الطائرة على إقليمها وبها شخص يرى تسليمه ، طبقا لحكم الفقرة السابقة ، برغبته هذه ، مع بيان أسباب ذلك ، على أن يتم هذا الإخطار قبل هبوط الطائرة كلما أمكن ذلك.

3- يقوم قائد الطائرة بالحضور إلى السلطات المختصة المذكورة من أجل أن يدلي بالمعلومات والبيانات التي تتوافر لديه ، إذا طلبت منه ذلك ، وتوافرت الأسباب المعقولة لذلك الطلب))

أما بالنسبة للسلطات الإدارية الأخرى التي يملكها قائد الطائرة فبعض الفقه أعطى القائد سلطة تسجيل كافة ما يحدث على الطائرة مثل المواليد والوفيات وحالات الزواج وذلك قياسا على سلطة الربان في ظهر سفينته .وهناك سلطة إدارية أخرى يمتلكها قائد الطائرة تجاه أعضاء وأفراد طاقم الطائرة يحصل على تلك السلطة على أساس التفويض[1] من شركة الطيران بإدارة شئون الطائرة ، حيث يجب على كل فرد منهم اطاعة أوامر قائد الطائرة بوصفه الآمر والناهي الأول على متن الطائرة وفي أثناء تحليقها .وهو يمتلك سلطة عزل أي عضو من أعضاء الطاقم أثناء الرحلة في حال مخالفة أوامره غير أنه لا يمتلك سلطة تأديبية ضد أفراد الطاقم[2].كذلك فإنه

[1] د. معن القضاة، مرجع سابق،ص57.

[2] نفس المرجع.

يملك سلطة تجاه الركاب والمتعلقة بالإنزال والتسليم وذلك من أجل الحفاظ على أمن وسلامة الطائرة غير أن الفقه اختلف وانقسم في أساس تلك السلطة إلى رأيين كالتالي :-

1) الرأي الأول / هو اتفاق ضمني بينهم (الركاب-شركة الطيران).
2) -الرأي الثاني / لاعتبارات عملية تقتضيها ظروف الرحلة ومن لزوم(مستلزمات)القيادة لاسيما كما قلنا بالسابق هو المسئول الأول عنها وعن من فيها من ركاب فلذلك فلابد من خضوعهم لسلطاته فهو يمارس هذه السلطات للمصلحة العامة و لمصلحة الركاب و لمصلحة الناقل (ثلاثة مصالح).[1]

غير أننا نرى أن سلطة قائد الطائرة بالنسبة للركاب أو أعضاء طاقم الطائرة أساسها ومنبعها القانون وذلك ما يتضح لنا من خلال نص المادة (158) من قانون الطيران المدني والتي تنص على ((تعيين قائد الطائرة: على المستثمر ألاَّ يسمح بقيام أي رحلة إلاَّ بعد أن يعين أحد الطيارين قائد للطائرة، يكون مسئولاً عن سلامتها ومن عليها ، وعلى جميع الأشخاص الموجودين على متن الطائرة تنفيذ أية أوامر أو تعليمات يصدرها قائدها لضمان سلامة الطائرة وما عليها من أشخاص وأموال وتأمينا لسلامة وانتظام الملاحة الجوية)).

وفي الختام نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية :

النتائج :

- أن استخدام مصطلح طاقم الطائرة أدق من استخدام مصطلح طاقم الملاحة الجوية نظرا شمول الثاني على بعض العاملين في أرض المطار على رغم أن القانون لا يعدهم ضمن طاقم الطائرة.
- لم يحدد المشرع اليمني عدد أعضاء طاقم الطائرة بالإضافة إلى أنه قد أتاح المجال لإضافة عضو أو أكثر وذلك حسب المتطلب والحاجة لتأمين سلامة الطائرة .
- يتم تكييف العلاقة بين طاقم الطائرة والمؤسسات الخاصة بالطيران على أنها عقد عمل تحكمها قواعد خاصة تنظم الطيران وفي حال عدم وجود نص خاص نعود إلى القاعدة العامة الموجودة في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية.
- استوجب المشرع اليمني توافر شروط خاصة من أجل أن يكون الشخص مؤهلا للعمل ضمن طاقم الطائرة ومن تلك الشروط الحصول على الاجازة سارية المفعول بالإضافة إلى شهادة تمكنه من ممارسة هذا العمل .
- يستوجب المشرع اليمني على أي مستثمر يعمل لديه طاقم طائرة خضوع طاقم الطائرة للتدريب وفق برنامج معتمد من سلطات الطيران المدني.
- رتب المشرع العديد من المهام على عاتق طاقم الطائرة ومن تلك المهام :الالتزام بالبقاء في أماكنهم أثناء الطيران ، الالتزام باستعمال أجهزة القيادة للمختص ومنعها عن غير المختص ، الالتزام بدخول غرفة

[1] د. معن القضاة، مرجع سابق،ص58.

القيادة للمختص وعدم الدخول لغير المختص، الالتزام بعدم تقديم المشروبات الكحولية ،وكل تلك المهام مذكورة على سبيل المثال لا الحصر .

- أجاز القانون اسناد العديد من المهام لقائد الطائرة منها الفنية ،التجارية ،.الإدارية غير أن قيامه بالمهام التجارية يجعل منه نائبا عن المستثمر وليس تابعا له.
- يحق لقائد الطائرة تسليم أي شخص متى ارتكب جريمة أو شرع فيها متى توافرت حالة الضرورة مع وجوب تسليم تقرير لسلطة التي يتم تسليم هذا الشخص إليها .

التوصيات :

- فتح باب البحث العلمي والدراسات أمام مواضيع القانون الجوي بشكل عام وطاقم الطائرة بشكل خاص.
- نوصي المشرع البحريني بتعديل نص المادة (81) من قانون الطيران المدني البحريني بحيث تصبح صياغتها كالتالي ((1- على مشغل الطائرة أن يتأكد من أن كفاءة الطيارين وقدراتهم على مواجهة أحوال الطوارئ أثناء الطيران قد اختبرت بطريقة عملية تثبت القدرة المطلوبة لذلك.

2- يجب على المستثمر التأكد من أن هذه الاختبارات تتم وفقاً لقواعد الطيران الآلي و تحت إشراف سلطات الطيران المدني ،أو بحضور من ينوب عنها))

- نوصي المشرع البحريني بالنص على مدة يستوجب فيها على المستثمر حفظ السجلات الخاصة بأي عضو من أعضاء طاقم الطائرة وعدم ترك مثل هذه المسألة للوائح والتعليمات .
- نوصي المشرع اليمني بتعديل المادة (17/!) بحيث يصبح صياغتها كالتالي ((قائد الطائرة : الطيار المسؤول عن تشغيل وسلامة الطائرة أثناء فترة الطيران وحائز على اجازة سارية المفعول.))
- نرى دمج المادتين (255) و(256) كونهما تعالجان حالة واحدة بحيث يصبح صياغة المادة كالتالي((تسليم المتهم للسلطات المختصة:

1- إذا اعتقد قائد الطائرة استنادا إلى أسس معقولة أن شخصا قد ارتكب على متن الطائرة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة (253)، يجوز له أن يقوم بتسليمه للسلطات المختصة في أية دولة متعاقدة تهبط فيها الطائرة كلما كان ذلك ضروريا.

2- على قائد الطائرة أن يقوم في أقرب وقت ممكن بإخطار سلطات الدولة المتعاقدة التي ستهبط الطائرة على إقليمها وبها شخص يرى تسليمه ، طبقا لحكم الفقرة السابقة ، برغبته هذه ، مع بيان أسباب ذلك على أن يتم هذا الإخطار قبل هبوط الطائرة كلما أمكن ذلك.

3- يقوم قائد الطائرة بالحضور إلى السلطات المختصة المذكورة من أجل أن يدلي بالمعلومات والبيانات التي تتوافر لديه ، إذا طلبت منه ذلك ، وتوافرت الأسباب المعقولة لذلك الطلب)).

- اصدار اللوائح التأديبية التي تستعملها شركات الطيران تجاه العاملين في مؤسساتها.

❖ قائمة المراجع والمصادر :

- **الكتب القانونية :**

– الخياري عبد الله محمد، شرح أحكام قانون العمل اليمني الجديد ،الأمين للنشر والتوزيع ،ط6،2014م.

– حمد الله محمد ،القانون الجوي (الأفكار والقواعد الرئيسية –عقد النقل الجوي الدولي والداخلي للأشخاص والبضائع)،مكتبة القانون والاقتصاد في الرياض، ط1 ،2016م.

– شمسان عبد الرحمن عبدالله ،القانون الجوي –قانون الطيران المدني –، جرافيكس للطباعة والتصميم ،صنعاء 2019م.

- **المدونات :**

– القضاة محمد ،مذكرة في القانون الجوي ،كلية الحقوق والعلوم الإنسانية(المملكة العربية السعودية)،1433ه .

- **التشريعات والقوانين والاتفاقيات :-**

– قرار جمهوري بالقانون رقم (5) لسنة 1995م بشأن قانون العمل وتعديلاته بالقانون رقم (25) لسنة 1997م والقانون رقم (11) لسنة 2001م والقانون رقم (25) لسنة 2003م،المنشور في الجريدة الرسمية ،العدد(5) ،1995م.

– قانون الطيران المدني البحريني ،قانون رقم 14 لسنة 2013 بشأن تنظيم الطيران المدني، صادر عن وزارة المواصلات .

– قرار جمهوري بالقانون رقم(12) لسنة 1993 بشأن قانون الطيران المدني ،منشور في الجريدة الرسمية العدد(8) تاريخ نشر 1993/4/30م.

– نظام الطيران المدني السعودي ،الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/44) وتاريخ 1426ه .

– اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي لعام 1944م.

– Laws of Malaysia، civil aviation act، 27 february 1969، part IIIA.

ضمانات الحرية الشخصية للمتهم خلال البحث التمهيدي

Guarantees of the personal freedom of the accused during the preliminary investigation

سعيدة نجيم : باحثة في سلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط - المملكة المغربية

Saida Najim, PhD researcher, Mohammed V University, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, Rabat, Kingdom of Morocco

ملخص :

يتحدث هذا المقال عن مختلف الضمانات التي منحها المشرع المغربي للمتهم لحماية حريته الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي ، حيث أحاط مختلف الإجراءات المتخذة من لدن الضابطة القضائية ، بعدة شروط وضمانات على رأسها خضوع المحضر لرقابة النيابة العامة ،وإمكانية إبطال المحضر إذا لم تحترم الضابطة الشروط والضمانات المنصوص عليها ،وكذلك حق الدفاع في الاطلاع على المحضر ، كما أحاط الحراسة النظرية بعدة ضمانات حيث منح المتهم الحق في الاتصال بمحاميه ، وإخبار عائلته باعتقاله ، وحقه في التغذية والتطبيب ، بالإضافة إلى تحديد الوقت القانوني للتفتيش ومن قبل من لحماية حقوق وحريات المتهم خلالهذه المرحلة حتى لا تتعسف الضابطة القضائية وتخضع للقانون أثناء أداء المهام المنوطة بها .

- **الكلمات المفتاحية** : الضمانات – المشرع المغربي –الحرية الشخصية – البحث التمهيدي –المتهم– الضابطة القضائية.

Abstract :

This article talks about the various guarantees granted by the Moroccan legislator to the accused to protect his personal freedom during the preliminary investigation stage, as he briefed the various procedures taken by the judicial police, with several conditions and guarantees, foremost of which is that the report is subject to the supervision of the Public Prosecution, and the possibility of invalidating the report if the police did not respect the conditions and guarantees stipulated. The court has several guarantees, as well as the right of the defense to review the report, as well as the custody of several guarantees, whereby the accused was given the right to contact his lawyer, inform his family of his arrest, his right to nutrition and medical care, in addition to specifying the legal time for inspection and by whom to protect the rights and freedoms of the accused during this stage until The judicial police shall not be arbitrary and shall be subject to the law while performing the tasks entrusted to it.

- **Keywords** : Garantees - Moroccan legislator – Personal freedom – Preliminary search - Accused – Judicial police.

مقدمة :

البحث التمهيدي هو أول مرحلة تمر منها الدعوى العمومية وأخطر مراحل المحاكمة ،ففيه يحدد مستقبلها ومآلها سواء أمام النيابة العامة أو قضاء التحقيق أو قضاء الحكم، فهو المرحلة التي يتم فيها البحث والتثبت من وقوع الجريمة ،وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها وهذا ما نصت عليه المادة 18من ق.م.ج **"يعهد إلى الشرطة القضائية تبعا للبيانات المقررة في هذا القسم بالتثبت من وقوع الجرائم وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها "** فهو المرحلة التي يكون فيها المشرع أمام مصلحتين متعارضتين (مصلحة المجتمع كمصلحة عامة ومصلحة الفرد الذي انتهكت حريته كمصلحة خاصة) يحاول التوفيق بينهما والوصول إلى الحقيقة، لما في ذلك من مس بقرينة البراءة. وحفاظا على مصلحة المشتبه فيه تم التنصيص على مجموعة من الحقوق والحريات أثناء هذه الفترة في العهود والمواثيق الدولية وكذلك في قانون المسطرة الجنائية ،الذي أحاط المشتبه فيه بمجموعة من الضمانات سواء أثناء الحراسة النظرية أو أثناء التفتيش ،نظرا لما قد تقوم به الشرطة القضائية من تعسفات في

استعمال سلطتها خصوصا أثناء تحريرها للمحضر[1] الذي يكتسي أهمية بالغة كوسيلة للإثبات وكآلية بيد ضابط الشرطة القضائية توضح بها ظروف وملابسات الجريمة بتضمينه ما تم معاينته وما تم تلقيه من تصريحات أو ما تم القيام به من إجراءات. ونظرا لما للمحضر من حجية قضائية فقد أطره المشرع المغربي في عدة نصوص من قانون المسطرة الجنائية وحدد الشكليات المتطلبة في انجازه تحت طائلة البطلان ،كما أحاطه بمجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية للاعتماد عليه في الاثبات وحدد بدقة الشروط الالزامية التي يجب أن يتوفر عليها ،بل واعتبر كل إجراء تبث فيه إخلال بما تم النص عليه يعتبر كأن لم ينجز[2] حفاظا على ضمانات المحاكمة العادلة .

وللتعرف على أهم الضمانات الممنوحة للمشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي سنتطرق للإجراءات التي تقوم بها الضابطة القضائية سواء أثناء تحريرها للمحاضر أو أثناء التفتيش او أثناء الوضع تحت الحراسة النظرية نظرا لكونها المحرك الأساسي لهذه المرحلة، وبخرقها لهذه الاجراءات تكون قد مست بالحرية الشخصية وبقرينة البراءة وبالتالي بضمانات المحاكمة العادلة.

المبحث الأول : دور الضابطة القضائية :

تعمل الضابطة القضائية على جمع الأدلة المتعلقة بجريمة ارتكبت من أجل التثبت من حصولها وملاحقة مرتكبيها، فهي تتدخل بعد وقوع الجريمة، فمصطلح الشرطة له عدة معاني فهو يدل من جهة على المهام الموكولة للجهات المتخصصة، وهي مهام تتعلق بكافة التحريات الرامية إلى البحث في الجرائم ، والتثبت من وقوعها وجمع أدلة إثباتها، وإحالة المشتبه فيهم على القضاء.

وبهذا فمصطلح الضابطة القضائية مرادف لكافة التحريات التي تسبق مرحلة المحاكمة وتشمل مرحلة البحث التمهيدي. كما أنها تشمل كل الموظفين التابعين للأمن الوطني أو الدرك الملكي، أو غيرهم ممن هم مكلفون بإنجاز أعمال محددة في المادة18من ق م ج[3]. تملك النيابة العامة سلطة تسيير أعمال الشرطة القضائية ،والغرفة الجنحية لدى محكمة الاستئناف هي التي تتولى مراقبة أعمالها ،بحيث أن الشرطة القضائية تكون تحت سلطة الوكيل العام للملك الذي أوكل له القانون صلاحية القيام بمتابعة ضباط الشرطة القضائية ، وبإحالتهم على الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف بالنسبة لكل إخلال ينسب إليهم أثناء قيامهم بمهامهم ،كما يجب على ضباط الشرطة القضائية إخبار الوكيل العام للملك بكل تغيير نتيجة الممارسة خارج دائرة عملهم أو أي تغيير

[1]/ عرفته المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية بأنه "الوثيقة المكتوبة التي يحررها ضابط الشرطة القضائية أثناء ممارسته لمهامه ويضمنها ما عاينه أو ما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه". مع العلم أن هذا التعريف من مستجدات قانون المسطرة الجنائية الجديد لسنة 2002، إذ لم يكن يتضمن قانون 10فبراير 1959 أي تعريف للمحضر.

[2]/محمد عياط: محضر الشرطة القضائية ،النص السادس،دليل حول الضمانات القانونية للمحاكمة العادلة 2004،ص65.

[3]/المادة 18 من ق م ج"يعهد إلى الشرطة القضائية تبعا للبيانات المقررة في هذا القسم بالتثبت من وقوع الجرائم وجمع الأدلة عن مركبيها .تقوم بتنفيذ أوامر وإنابات قضاء التحقيق وأوامر النيابة العامة ."

في وظيفتهم حسب المادة22.[1] كما يتعرض ضباط الشرطة القضائية إلى عقوبات تأديبية أو جنائية ،جراء إخلالهم بمهامهم والتزاماتهم المهنية فهم يكلفون بمرحلة خطيرة من مراحل المحاكمة العادلة قد تنتهك فيها ضمانات الحرية الشخصية بشكل صارخ وواضح سواء أثناء تحرير المحاضر أو بمختلف الإجراءات التي يقومون بها كالوضع تحت الحراسة النظرية أو التفتيش .

المطلب الأول : شروط و ضمانات انجاز المحاضر :

أكد المشرع في قانون المسطرة الجنائية على ضرورة توفر محاضر الشرطة القضائية على مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية للقول بصحتها كما أحاطها بمجموعة من الضمانات لعدم المس بحقوق وحريات الشخص محل المحضر .

- ✓ الشروط الشكلية: يجب أن يتضمن المحضر مجموعة من الشروط الشكلية للقول بصحته أهمها أن يحرر كتابة سواء باليد أو الآلة الكاتبة ...وباللغة العربية [2]، بالإضافة إلى وجوب تضمينه مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 24 من ق.م.ج :
  - اسم محرره وصفته ومكان عمله وتوقيعه.
  - هوية الشخص المستمع إليه ورقم بطاقته الوطنية وتصريحات وأجوبته –إذا تعلق الأمر بمحضر الاستماع-
  - الاستعانة بمترجم إذا كان المستمع إليه لا يتقن لغة الضابط
  - الاستعانة بشخص يتقن الاشارات إذا كان المستمع اليه اصما أو ابكما
  - إذا تعلق الامر بوضع المشتبه فيه تحت الحراسة النظرية يجب أن يتضمن المحضر ساعة ويوم ضبطه ويوم وساعة اطلاق سراح مع تنبيهه الى حقوقه وإشعاره بالافعال المنسوبة اليه....

⇐ تشكل هذه الشروط اهم ضمانة لحقوق وحريات الشخص محل المحضر حيث إنه لا يعتبر سليما الا إذا كان صحيحا من الناحية الشكلية [3]

- ✓ الشروط الموضوعية: يجب على ضابط الشرطة القضائية ان يلتزم بالموضوعية والفورية اثناء انجازه للمحضر ومعنى ذلك انه يتوجب عليه ان يدون ما تلقاه من تصريحات او ما عاينه من عمليات بنفسه دون زيادة أو نقصان .

---

[1]/الحبيب بيهي :"شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد "،الجزء الثاني ،ط 1،دار القلم ،الرباط ،2006.

[2]/بالاضافة للأمازيغية حسب الفصل 5 من دستور 2011.

[3]/المادة 292 من ق.م.ج/ المادة 289 من ق م ج

✓ ضمانات انجاز المحاضر : نص المشرع في قانون المسطرة الجنائية على عدة ضمانات أثناء انجاز المحاضر نذكر منها :

- خضوع المحضر لرقابة النيابة العامة :تتولى النيابة العامة مراقبة كافة اعمال الشرطة القضائية بما في ذلك المحاضر ،إذ أن الشرطة القضائية بمجرد انتهائها من المحضر تتوجه بالمحضر الاصلي وبنسختين مطابقتين للأصل منه وكل وثيقة لها علاقة به[1] مباشرة الى وكيل الملك او الوكيل العام للملك للتتولى النيابة العامة مهمة الاطلاع على المحضر والتتبث من مدى خضوعه للشروط التي ذكرناها آنفا والا تعرض للبطلان .
- بطلان المحضر: إذا تبث عدم احترام ضابط الشرطة القضائية للشروط والضمانات التي سبق وذكرناها فان المحضر يكون مصيره البطلان
- حق الدفاع في الاطلاع على المحضر :يعتبر حق الدفاع من ابرز ضمانات المحاكمة العادلة ، تم النص عليه في المواثيق الدولية وفي الدستور وفي القوانين الوطنية، كما انه لايقتصر على مرحلة معينة من مراحل الدعوى بل يشمل جميع مراحلها بما في ذلك مرحلة البحث التمهيدي ،إذ أن المشرع المغربي خول للمشتبه فيه حق الاستعانة بالمحامي أمام الضابطة القضائية[2] وخوله الحق في تقديم أو ابداء ملاحظات كتابية في حالة تمديد الحراسة النظرية[3]

المطلب الثاني : حجية المحاضر وقيمتها الثبوتية :

يعتمد الاثبات الجنائي على قناعة القاضي حيث تبقى له السلطة في الاخذ بوسيلة الاثبات التي يراها مناسبة، فالمبدأ في الاثبات هو اثبات الجريمة باي وسيلة كانت حسب ما نصت عليه المادة 286 من ق م ج ، وغالبا ما يأخذ بمحاضر الضابطة القضائية، فحيثيات الاحكام غالبا ما تدور حول ما تضمنته المحاضر، فكيف تعامل كل من المشرع و الاجتهاد القضائي مع المحاضر للاعتداد بقوتها الثبوتية .

- **حجية المحاضر في قانون المسطرة الجنائية** : اعتمد المشرع المغربي على مبدأ تدرج المحاضر في قوتها الثبوتية حسب نوع الجريمة ،ففي المخالفات والجنح منح للمحاضر الحجية الكاملة ،بينما جعلها نسبية في الجنايات .

أ/حجية المحاضر في المخالفات والجنح : تنص المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي "المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنح والمخالفات يوثق بمضمنها الى أن يثبت

[1]/الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون المسطرة الجنائية

[2]/حسب ما جاء في المادتين 66و80

[3]/بالرغم من ان للمشتبه الحق الاستعانة بالمحامي في هذه المرحلة الا انه يظل مقيدا بمجموعة من الشروط فهو لا يمكنه الاستعانة به الا بعد مرور نصف المدة الاصلية من الحراسة النظرية.

العكس بأي وسيلة من وسائل الاثبات"، وعلية فإن المحاضر تكون لها حجية قاطعة ما لم يثبت ما يخالفها باي وسيلة من وسائل الاثبات كالخبرة ،وهذا ما تم تأكيدة من خلال العديد من القرارات القضائية.[1]

ب/حجية المحاضر في الجنايات : تنص المادة 291 من ق. م. ج على ما يلي :"لا يعتبر ما عدا ذلك من المحاضر أو التقارير إلا مجرد معلومات "،فالمحاضر المنجزة في الجنايات ليست لها قوة إثبات قاطعة بل تبقى نسبية يؤخذ بها للاستئناس لا غير وهذا ما تم تأكيده في أحد قرارات محكمة الاستئناف بالرباط حيث جاء فيه: "إن محضر الضابطة القضائية في مجال الجنايات هو للاستئناس ،وأن هذا الاخير ينهار عندما يتمسك الخاضعون للحراسة النظرية أمام القضاء بعدم إفضائهم بالتصريحات وعدم إمضائهم لأي محضر ،فان مبدأ الاستئناس ينهار وتنعدم صلاحيته وتصبح غير قابلة للاطمئنان إليه "[2] .

- **حجية المحاضر حسب الاجتهاد القضائي**: أكد المشرع الجنائي على أن للقاضي السلطة التقديرية في الاخذ بالأدلة التي يراها مناسبة بما في ذلك محاضر الشرطة القضائية ،وهذا ما اكدته محكمة النقض في العديد من قراراتها ،حيث جاء في أحد قراراتها :"المحضر الذي له قوة إثبات هو الذي يشهد فيه محرره بما عاينه ،أما فحوى أي محضر وما تضمنه من اقوال وكذا تصريحات الاطراف وشهادة الشهود وتأويلها وتقدير قيمتها والاخذ بها أو عدمه، كل ذلك موكول إلى السلطة التقديرية التي لقضاة الموضوع ولا تخضع لرقابة المجلس الاعلى"[3] ، بينما نجدها في قرارات أخرى تؤكد العكس .[4]

المبحث الثاني : التفتيش الجسدي للأشخاص والوضع تحت الحراسة النظرية :

تنص المادة الاولى من قانون المسطرة الجنائية على أن "كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته .."،ما يؤكد على أن افتراض براءة المتهم مبدأ يجب أن يصاحب كافة مراحل الدعوى ،بدءا بمرحلة البحث وانتهاء بمرحلة التنفيذ حيث متع المشرع المتهم بعدة ضمانات أثناء البحث المزاول من طرف الضابطة القضائية ،بحيث يمنع على هاته الاخيرة أن توجه الاتهام للمشتبه فيه، فهي تكتفي بالتثبت من وقوع الجريمة وجمع الادلة حولها سواء في حالة التلبس أو في الاحوال العادية ،وسنركز في إبراز أهم الضمانات التي يتمتع بها المشتبه فيه خلال البحث التمهيدي بنوعيه على الامر بالتفتيش والوضع تحت الحراسة النظرية لارتباطهما الوثيق بحرية الفرد أكثر من أي إجراء آخر.

---

[1]/ - محكة النقض ،قرار عدد 901،ملف جنائي عدد 6012-6—10-2011 بتاريخ 11 شتنبر 2011،قضاء محكمة النقض العدد 74.

- محكمة النقض ،قرار عدد 3481،ملف جنائي عدد 67983 بتاريخ 7 يونيو 1983 ،قضاء المجلس الاعلى (1966-1986) ص 576.

[2]/ .ملف عدد 542-89 بتاريخ 1992/1/15،محكمة الاستئناف الرباط

[3]/قرار عدد 1151-53 ،ملف جنحي عدد 61214بتاريخ 24-2-1983.

[4]/قرار عدد 2613 ،ملف عدد 1981،ملف عدد 1981-17550 بتاريخ 7-4-1988.

المطلب الأول : ضمانات الحرية الشخصية أثناء الحراسة النظرية :

من أبرز مظاهر انتهاك الحرية الشخصية خلال البحث التمهيدي الوضع تحت الحراسة النظرية لما فيه من مس بحرية المشتبه فيه مما يمس بقرينة البراءة ،لذلك نجد المشرع المغربي نظم الوضع تحت الحراسة النظرية وأفرد له نصوصا خاصة حددت قواعده والمدة القانونية له بالإضافة لمختلف الشروط التي يجب مراعاتها . ويتخذ هذا الإجراء من طرف ضابط الشرطة القضائية تحت إشراف النيابة العامة ،إذ يشعر ضابط الشرطة القضائية النيابة العامة بوضع المشبوه فيه تحت الحراسة النظرية لمدة 48 ساعة تحسب ابتداء من توقيفه .ولا يمكن تمديد هذه المدة إلا لضرورة البحث بعد إذن كتابي من النيابة العامة ولمدة 24ساعة [1]،هذه المدة التي يمكن أن ترتفع إلى 96 ساعة إذا تعلق الأمر بجرائم الأمن ،ويمكن أن تتمدد مرة واحدة (المادة 80 من ق م ج). ويمكن للمشبه فيه أن يتصل بمحاميه، ويجب إخبار عائلته ،ويشار إلى ذلك في بالمحضر[2]،ومن الضمانات الممنوحة للمحتجز أيضا السجل ومحضري الاستماع والتصريحات الذين تدون فيهما كل المعلومات الخاصة بالمحتجز وبظروف احتجازه والساعة وساعة الإفراج عنه .وتظل كل تلك الوثائق رهن إشارة النيابة العامة فهي تعتبر أكبر ضمانة للموضوع تحت الحراسة ،إذ أن أي خلل قد يعرض ضابط الشرطة القضائية للمساءلة كما سبق ووضحنا .

ونظرا لما لحقوق الموضوع تحت الحراسة النظرية من أهمية باعتبارها من أكبر الضمانات الممنوحة له فسنتطرق لها بنوع من التفصيل :

يتمتع الموضوع تحت الحراسة النظرية بكافة حقوق الدفاع المنصوص عليها قانونا ،لأنها تعتبر حقا طبيعيا لكل إنسان مهما كانت تهمته، لذلك لا ينبغي تقييدها إلا وفقا للحدود التي يقتضيها الإبقاء على المحتجز رهن إشارة ضابط الشرطة القضائية للبحث معه[3] ذلك أن أي خرق لقواعد الحراسة النظرية يترتب عنه تدخل القضاء بوصفه ضامنا للحقوق والحريات[4]،ومن الحقوق الممنوحة للمحتجز أثناء هذه الفترة نذكر:

- **الاتصال بالمحامي** : نصت الفقرة الخامسة من المادة 66 والفقرة السادسة من المادة 80 من ق.م.ج على أن للموضوع تحت الحراسة النظرية الحق في الاتصال بالمحامي ،كما للمحامي الحق في ذلك .إلا أن هذا الحق محاط بمجموعة من الشروط ؛فالموضوع تحت الحراسة النظرية لا يحق له الاتصال بالمحامي إلا بعد تقديمه لطلب يرفعه ضابط الشرطة القضائية إلى ممثل النيابة العامة للحصول على الترخيص .أما إذا تعذر

[1]/مستجدات قانون المسطرة الجنائية ،مجلة ندوات محاكم فاس، مصلحة الوثائق والخزانات ،وزارة العدل والحريات ،العدد الثاني ،يابر2005،ص170.

[2]/يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يمسك سجلا ترقم صفحاته وتديل بتوقيع النيابة العامة ،وتسجل فيه كل الأماكن التي يوضع فيها الشتبه فيه ،وتسجل فيه هوية المشتبه فيه والسبب والمدة والحالة الصحية ....بالإضافة للسجل يمسك الضابط محضرا يدون فيه كل ما يرتبط بالمشتبه فيه.

[3]/أحمد آيت الطالب : إجراءات البحث الماسة بالحرية ،مطبعة المعارف الجديدة ،الطبعة الأولى،2010،ص 71.

[4]/قرار غرفة الجنايات ،محكمة الاستئناف بالرباط ،رقم 551/542/89،مجلة الإشعاع عدد 7 ص 125-130.

الحصول على ترخيص النيابة العامة ،فيحق للضابط المكلف بالحراسة أن يأذن استثناء للمحامي بالاتصال بالمحتجز وفق ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 66 من ق.م.ج ،ولم يشر المشرع إلى شكلية معينة لتقديم طلب التصريح أو لمنح الإذن للمحامي .

وقد ربط المشرع المغربي حق المحتجز في الاتصال بالمحامي بمدة الحراسة النظرية حيث لا يحق له ذلك إلا قبل انتهاء نصف المدة الأصلية للحراسة[1]،وقد حدد مدة اتصال المحتجز بمحاميه في ثلاثين دقيقة [2]،وأحاطها بالسرية التامة ،إذ لا ينبغي على ضابط الشرطة القضائية أن يستمع إليهما ،فهو يكتفي بالمراقبة فقط .وعلى المحامي أيضا أن يحافظ على سرية اتصاله بموكله حفاظا على السر المهني خصوصا خلال هاته الفترة التي تعتبر فترة للبحث والتحري في جو تسوده السرية[3] .

- **إخبار عائلة المحتجز** : نصت المادة 67 من ق م ج على ضرورة إشعار عائلة الموضوع تحت الحراسة النظرية من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي أخذ قرار الحراسة النظرية إذ يجب عليه أن يستند إلى المعلومات المتوصل إليها بعد استنطاق المحتجز للوصول إلى عائلته ،ليبقى المحتجز دائم الاتصال بعائلته ،إذ أنه لا يعقل أن لا يتم إخبارهم بالوضع تحت الحراسة النظرية ،لما في ذلك من مس بالضمانات الممنوحة للمتهم ،ولما قد يسود داخل عائلته من ارتباك جراء اختفائه المفاجئ. فبإخبارهم تسود الطمأنينة وتبدد مخاوفهم من تعرضه لأية حادثة [4] .كما أن ضابط الشرطة القضائية بإخباره لعائلة المحتجز يكون قد أضفى الشرعية اللازمة على قرار الوضع تحت الحراسة النظرية لإزالة أي غموض قد يشوب هذا القرار إلا أن هذه الضمانة الممنوحة للمعتقلين تنتهك في غالب الأحيان من طرف ضباط الشرطة القضائية وهذا ما تبين بكل جلاء من خلال العديد من الاعتقالات كالتي أعقبت أحداث دمنات وأحداث سيدي إفني سنة 2013 حيث تم اعتقال مجموعة من الأفراد دون إخبار عائلاتهم كحزان عبد الصادق ،الغيان عبد اللطيف ، عبد المالك كاز، وعماد بويزلا...[5]
- **الحق في التغذية وفي الفحص الطبي** : يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يحافظ على السلامة الصحية للموضوع تحت الحراسة النظرية وذلك بالحفاظ على أوقات الوجبات كما عليه الحرص على أن يكون الأكل صحيا لا تترتب عنه أية أضرار.

---

[1]/الفقرة الرابعة من المادة 66 من ق م ج "...يتم الاتصال بالمحامي قبل انتهاء نصف المدة الأصلية للحراسة النظرية ....."

[2]/الفقرة الرابعة من المادة 66 من ق م ج"يتم الاتصال بمحام بترخيص من النيابة العامة ،لمدة لا تتجاوز ثلاثين دقيقة ،تحت مراقبة ضابط الشرطة القضائية في ظروف تكفل سرية المقابلة"

[3]/المادة 15 من ق م ج "تكون المسطرة التي تجرى أثناء البحث والتحقيق سرية .كل شخص يساهم في إجراء هذه المسطرة ملزم بكتمان السر المهني ضمن الشروط وتحت طائلة العقوبات المقررة في القانون الجنائي"

[4]/عبد الكريم الطالب، حقوق الإنسان في مرحلة البحث التمهيدي ،ا لمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ،سلسلة مواضيع الساعة ،العدد 26،سنة 2001،ص 55.

[5]/التقرير السنوي حول وضعية حقوق الإنسان بالمغرب خلال سنة 2013:الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، يونيو 2014 ص 41-42-43.

كما يجب عليه أن يحدد الحالة الصحية للمحتجز أثناء وضعه تحت الحراسة النظرية من لدن طبيب مختص، ويتم الفحص الطبي بطلب من ضابط الشرطة القضائية أو بطلب من المحتجز أو أحد أقاربه للتأكد من مدى قدرة المحتجز على تحمل الوضع تحت الحراسة النظرية خصوصا وأنه يفترض فيه البراءة . ويجب على الضابط أن يقوم بتضمين إجراء الفحص الطبي والشهادة المسلمة من لدن الطبيب في ملف المحتجز ،ومن الممكن أن يتجدد الفحص الطبي إذا ساءت حالة المحتجز بسبب ظروف الاحتجاز[1].

المطلب الثاني : التفتيش الجسدي للأشخاص والحق في الحرية الشخصية :

يعتبر الطابع التفتيشي أهم مميزات البحث التمهيدي ،ويتجلى في السرية المطلقة التي تعرفها الإجراءات ،وفي ضرورة تدوين هذه الإجراءات كتابة [2] ،وهو من أبرز مظاهر انتهاك الحق في الحرية الشخصية ،فالتفتيش يعطي لضابط الشرطة القضائية الحق في تفتيش ما يحمله الأشخاص من حقائب وأوراق ..وفي تفتيشهم جسديا لمعرفة ما يخفونه خلف الملابس الداخلية من أسلحة أو مخدرات وفي تفتيش منازلهم ...للعثور على كل ما قد يساعد في إجراءات البحث،ويوصل إلى الحقيقة بسرعة ،وقد أكد المشرع في هذا الصدد على أنه لا يجب أن تنتهك حرمة المرأة ،إذ لا يمكن تفتيشها إلا من لدن امرأة مثلها[3] .

ونظرا لما للتفتيش من مس بالحرية الشخصية للمشتبه فيه فقد أحاطه المشرع المغربي بمجموعة من الضمانات ،فالمشرع المغربي وفي إطار دعمه لضمانات الحرية الشخصية ومن خلالها ضمانات المحاكمة العادلة[4] ،فقد قام بتنظيم قواعده والوقت القانوني له والجهة المسموح لها بالقيام به ضمانا لحق المشتبه فيه وهذا ما سنتناوله بنوع من التفصيل من خلال النقط التالية:

- **الوقت القانوني للتفتيش** : حددت المادة 62 من قانون المسطرة الجنائية الوقت القانوني المحدد للتفتيش (بعد الثامنة صباحا وقبل التاسعة ليلا)، بحيث لا يجوز مخالفته من طرف ضابط الشرطة القضائية مهما كانت رتبته إلا استثناء[5].إلا أن الواقع يثبت عكس ذلك حيث انتهكت هذه الضمانة انتهاكا صارخا في العديد من حالات الاعتقال كاعتقال اكروض المهدي من منزله ليلة السبت 2013/5/25 مع الثانية عشر ليلا، كذلك بوحرشيش علي تم اعتقاله مع الساعة الثانية عشر ليلا، وحيدو لحسن الذي اعتقل مع الواحدة ليلا ليلة 2013/5/26، وسفيان بنسعيد الذي

[1]/المبدأين 24و25 من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن.

[2]/ الحبيب بيهي ،تقرير المغرب ،الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان ،محمود شريف بسيوني و عبد العزيز العظيم،دار العلم للملايين،بيروت لبنان،ط 1،ماي1991،ص177.

[3]/المادة 60 من قانون المسطرة الجنائية، الفصل 64 من قانون الدرك الملكي والمادة 68 من ظهير 1999/8/25 المتعلق بالمؤسسات السجنية .

[4]/يونس العياشي: المحاكمة العادلة بين النظرية والتطبيق على ضوء المواثيق والمعاهدات الدولية والعمل القضائي،سلسلة رسائل نهاية تدريب الملحقين القضائيين ،العدد 4،يناير 1012،مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ،الرباط ،الصفحة 55.

[5]/إذا كان بطلب من صاحب المنزل، أو إذا صدرت استغاثات من داخل المنزل، أو إذا كان يمارس في المنزل نشاط ليلي

اعتقل أيضا مع الثانية عشر ليلا ليلة 2013/5/25 في أحداث دمنات سنة 2013،وهناك حالات أخرى سواء عقب أحداث سيدي إيفني أو سيدي يوسف بنعلي بمراكش أو ...[1]،بالإضافة إلى ذلك فالعديد من الحالات لا يتم التوصل إليها لعدم تدوين ساعة إلقاء القبض على المشتبه فيه بالضبط والتراخي لساعات وأيام قبل ملء السجل الخاص بالاعتقال.[2]

- **الجهة المخول لها القيام بالتفتيش** : حدد المشرع المغربي في المادتين 59 و 99 من قانون المسطرة الجنائية الجهات المخول لها القيام بالتفتيش. وقد حصرها في ضابط الشرطة القضائية المختص وقاضي التحقيق. وهو يعتبر من أكبر الضمانات المخولة للمشتبه فيه لعدم انتهاك حقوق[3].
- **الأشخاص الواجب حضورهم أثناء القيام بالتفتيش** : حددت المادة 60 من قانون المسطرة الجنائية الأشخاص الواجب تواجدهم أثناء القيام بالتفتيش، حيث اعتبرت تواجد المشتبه فيه أثناء التفتيش أمرا ضروريا إذا أجري التفتيش في منزله وإن تعذر عليه الحضور فيجب أن يحضر ممثل له وإلا استدعى ضابط الشرطة شاهدين يشترط فيهما ألا يكونا خاضعين لسلطته.
- **تحرير محضر للتفتيش** : بعد الانتهاء من التفتيش يحرر ضابط الشرطة المختص محضرا يثبت فيه كل الإجراءات التي قام بها بكل تفاصيلها وبكل دقة للتأكد من سلامة إجراءات التفتيش من كل ما قد يجعلها عرضة للبطلان.

خاتمة :

وختاما نخلص إلى القول بأن المشرع المغربي قد منح المتهم عدة ضمانات لحماية حريته الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي ، خلال جميع الإجراءات المتخذة من لدن الضابطة القضائية بدءا بالمحاضر ، حيث أحاطها المشرع بعدة شروط وضمانات على رأسها خضوع المحضر لرقابة النيابة العامة ،وإمكانية إبطال المحضر إذا لم تحترم الضابطة الشروط والضمانات المنصوص عليها ،وكذلك حق الدفاع في الاطلاع على المحضر ، كما أحاط الحراسة النظرية بعدة ضمانات حيث منح المتهم الحق في الاتصال بمحاميه ، وإخبار عائلته باعتقاله ، وحقه في التغذية والتطبيب ، بالإضافة إلى تحديد الوقت القانوني للتفتيش ومن قبل من لحماية حقوق وحريات المتهم .

فالمشرع المغربي قد عمل على حماية حقوق المتهم وحريته الشخصية حماية دقيقة ،أثناء البحث التمهيدي حتى لا تتعسف الضابطة القضائية على حقوق المتهم.

[1]/للتعمق في حالات الاعتقال التي تمت الإشارة إليها أو التي تمت الإشارة لأسبابها يرجى الاطلاع على التقرير السنوي حول وضعية حقوق الإنسان بالمغرب لسنة 2013،مرجع سابق ،ص من41إلى 50.

[2]/تقرير حول العدالة بالمغرب:جمعية عدالة، يونيو 2011، ص115.

[3]/ياسر حسن كلزي: حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي ، دراسة مقارنة ،ط 1 ،الرياض 2007،ص 200.

❖ المراجع المعتمدة :

- أحمد آيت الطالب : إجراءات البحث الماسة بالحرية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى،2010.
- الحبيب بيهي : «شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد «، الجزء الثاني، ط 1، دار القلم، الرباط، 2006.
- الحبيب بيهي : تقرير المغرب، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، محمود شريف بسيوني و عبد العزيز العظيم، دار العلم للملايين، بيروت لبنان،ط 1،ماي1991.
- عبد الكريم الطالب، حقوق الإنسان في مرحلة البحث التمهيدي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 26، سنة 2001.
- محمد عياط : محضر الشرطة القضائية، النص السادس، دليل حول الضمانات القانونية للمحاكمة العادلة 2004.
- ياسر حسن كلزي : حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي، دراسة مقارنة، ط 1، الرياض 2007.
- يونس العياشي : المحاكمة العادلة بين النظرية والتطبيق على ضوء المواثيق والمعاهدات الدولية والعمل القضائي، سلسلة رسائل نهاية تدريب الملحقين القضائيين، العدد 4، يناير 1012، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط.
- القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية لسنة 2002 حسب آخر تعديل بتاريخ 19 شتنبر 2016م.
- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432/ 29 يوليوز 2011،بتنفيذ نص الدستور ،منشور في الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر.

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615- 2336

https://web.facebook.com/majalahdroit